

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
VALENCIA**

NIG N° 46250-31-1-2010-0000063
Rollo Penal n° 000047/2010

Diligencias Previas n° 3/2010

A U T O n° 132/2010

del Magistrado Instructor Ilmo. Sr. D. Juan Climent Barberá

En la Ciudad de Valencia a veintinueve de noviembre de 2010.

HECHOS

Primero.- Por la Procuradora de los Tribunales Doña Rocío Calatayud Barona en nombre y representación de D. Rafael Blasco Castany, D. Cesar-Augusto Asencio Adsuar, D. Vicente Betoret Coll, D^a M^a Soledad Linares Rodríguez, D. David-Francisco Serra Cervera y D. José Marí Olano, en nombre propio y como diputados del Grupo Parlamentario Popular en les Corts Valencianes, se presentó ante esta Sala de lo Civil y Penal de la Comunidad Valenciana, escrito de querrela contra D. Ángel Luna González, Diputado de les Corts Valencianes, por los presuntos delitos de cohecho y de prevaricación de funcionario público, tipificados respectivamente en los artículos 419 y 404 del Código Penal.

Segundo.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dispuso por Auto de 26 de octubre de 2010 declarar la competencia de la Sala para conocer de la querella presentada, admitir a trámite la dicha querella -previa prestación de la fianza por los querellados- solamente en cuanto al presunto delito de cohecho tipificado, en principio y sin perjuicio de ulterior calificación, en el artículo 425 del Código Penal referido a las supuestas dádivas por las adjudicaciones relatadas en la querella, y desestimarla en cuanto al delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, y asimismo abrir las correspondientes Diligencias Previas, una vez prestada la fianza, designando Instructor de las mismas al Magistrado de esta Sala a quien por turno ha correspondido.

Tercero.- Firme que fue el Auto de la Sala antes referido y habiéndose constituido por la parte querellada la fianza establecida en el mismo, se abrieron las Presentes Diligencias Previas y se presentó escrito de la parte querellante solicitando la práctica de determinadas diligencias de investigación y reiterando las pedidas en la querella, disponiéndose y practicándose de inmediato la notificación al querellado de la incoación de las mismas, así como de los escritos de querella y de petición de diligencias y del Auto de admisión de la querella acordado por la Sala referido, con la consiguiente instrucción de derechos, habiendo designado el querellado, mediante comparecencia, Abogado y Procurador que le defiendan y representen en estas Diligencias Previas, tras lo que se dispuso la practica de la primera de las diligencias de investigación pedidas en la querella consistente en recibir declaración al querellado, difiriendo la decisión sobre la práctica de las demás diligencias pedidas al resultado de la declaración del querellado, citándose al efecto a la parte querellante, al Ministerio Fiscal y al querellado, en calidad de imputado para preservar su derecho de defensa.

Cuarto.- En el acto de declaración del querellado, al que compareció asistido de Letrado, previa instrucción de los derechos que le asisten, este manifestó en su defensa que no ha recibido ninguna dádiva del Sr. Ortiz , que la vivienda en que se realizaron las obras es propiedad de la que hoy es su esposa que pagó en su momento, que utilizó un coche de la empresa del Sr. Ortiz mientras trabajó en la misma,

comprándolo por su valor actual al irse de la empresa, aportando factura de la compra del vehículo, informe de su vida laboral de la Tesorería General de la Seguridad Social y certificación del Registro de la propiedad donde consta la titularidad registral del inmueble en el que se realizaron las obras.

El querellado declarante manifestó asimismo que no va a responder a ninguna pregunta que provenga del Letrado de los querellantes, formulando dicho Letrado no obstante las que tuvo por conveniente para su constancia. A preguntas del Ministerio Fiscal, el querellado y declarante manifestó que cesó como Alcalde del Ayuntamiento de Alicante en junio de 1995, pero siguió como concejal hasta Junio de 1996, fecha en que dejó la Corporación Municipal, que desde el segundo día de su acceso a la Alcaldía delegó en la Comisión de Gobierno todas sus facultades de contratación, que la vivienda en se realizaron las obras era propiedad de su entonces compañera y sigue siéndolo privativa de la que hoy es su esposa, que en las mismas intervinieron diversos profesionales algunos enviados por el Sr. Ortiz y otros por algunos compañeros concejales de su grupo, que el vehículo lo adquirió en junio de 2002 y lo empezó a utilizar en el año 1999, que las obras cree se realizaron entre finales de 1997 y 1998, que nunca recibió promesa por parte del Sr. Ortiz cuando estuvo en la Alcaldía, que su grupo era minoritario en el ayuntamiento de Alicante y las decisiones eran tomadas muchas veces en contra de su posición.

Preguntado por su Letrado manifestó que contrajo matrimonio el 6 de agosto de 1999 en Copenhague, y a preguntas del Instructor manifestó que al salir del Ayuntamiento estuvo dos años colaborando con un bufete de abogados y posteriormente ingresó en la empresa del Sr. Ortiz , que las obras las encargó su hoy esposa y él le ayudó en algunos aspectos, pero el cargo de las mismas corrió a cuenta de la misma, que compró el coche al irse de la empresa del Sr. Ortiz porque se lo ofrecieron, señalando asimismo que no puede comprender como tantos años después se plantea esta querella manifestando estar sorprendido por la misma.

Quinto.- Por la parte querellante, se formuló escrito solicitando la práctica de nuevas diligencias de investigación como consecuencia de la declaración producida.

Asimismo a consecuencia de la dicha declaración por el Ministerio Fiscal se

formuló escrito en el que estima que concurren los presupuestos legales exigidos en los artículos 130.5, 131, y 425.1 del Código Penal para preciar la prescripción en relación a las presuntas dádivas y procede de conformidad con el artículo 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal acordar el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones, todo ello, partiendo de una parte del auto de admisión parcial de la querrela que se refiere a las presuntas dádivas consistentes en haber sido empleado en la empresa de / o por el Sr. Ortiz al dejar el cargo de Alcalde del Ayuntamiento de Alicante, haber obtenido entre noviembre de 1997 y febrero de 1998 el pago o anticipo de una reforma de la vivienda familiar por importe de 698.660 pesetas y haber obtenido la titularidad de un vehículo Audi A6, y, de otra parte, partiendo de la declaración del querrellado, y exclusivamente sobre el soporte documental aportado, de la que se desprende que el querrellado nunca fue titular registral de la vivienda descrita en la querrela, siendo la titular su actual esposa, que el querrellado trabajó como empleado de Enrique Ortiz e Hijos desde el 25 de enero de 1999, hasta el día 15 de junio de 2002, que el Vehículo Audi A6 matrícula A-7576-DV consta como pagado por el querrellado el día 30 de junio de 2002, atendido el tiempo transcurrido, la tipificación del artículo 425.1 del Código Penal y los plazos de prescripción correspondientes al mismo.

Por la parte querellante se presentó con posterioridad un escrito adjuntando grabación fonográfica de unas declaraciones a una cadena de Radio solicitando la práctica de nuevas diligencias de investigación acerca de la misma.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- Planteada por el Ministerio Fiscal la cuestión de la prescripción del presunto delito de cohecho de entre los atribuidos en la querrela al querrellado, el único por el que fue admitida la querrela, y que es el objeto de investigación de las presentes Diligencias Previas incoadas en los términos del Auto de la Sala que dispone su apertura, se ha de examinar y resolver esta cuestión con carácter preferente y previo a cualesquiera otras, atendido que la prescripción de los delitos extingue la responsabilidad penal de conformidad con lo establecido en el artículo 130 del Código

Penal, lo que veda por si mismo cualquier otra indagación acerca de la existencia y calificación de los delitos y personas a que se aplica más allá de las actuaciones necesarias para la determinación de la concurrencia de la causa de prescripción de que se trate en cada caso, pues desde el momento en que se constate la existencia de causa de prescripción y en consecuencia se estime la concurrencia de la prescripción del delito, se sigue la extinción de la responsabilidad penal por aplicación de lo dispuesto en el artículo 130.5 del Código Penal, y, con ello, la extinción de la perseguibilidad, enjuiciamiento y sanción de las conductas y personas incurso en la prescripción estimada, lo que lleva a que la prescripción pueda y deba acordarse de oficio o a instancia de parte, en cualquier momento del proceso y en cuanto sea apreciable y constatable, como viene recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo invocada al efecto en el fundado escrito del Ministerio Fiscal, en el que plantea la concurrencia de la prescripción en el presente caso, y, en especial, en la reciente sentencia de su Sala Segunda nº 803/2009, de 17 de junio de 2009, recurso de casación nº 2374/2008 (fundamento de derecho segundo punto 1).

Segundo.- El relato de hechos de la querrela recoge respecto de las presuntas dádivas recibidas por el querrellado del Sr. Ortiz, en primer lugar, que el querrellado fue contratado por el Sr. Ortiz como profesional de su empresa Ortiz e Hijos nada más finalizar el querrellado sus funciones de Alcalde de Alicante, al perder las elecciones en el año 1995, lo que resulta inexacto, según se desprende de la hoja de vida laboral aportada por el querrellado, en la que se constata que éste prestó sus servicios profesionales como trabajador por cuenta ajena en la empresa “Enrique Ortiz e Hijos S.A.” desde el 25 de enero de 1999 al 15 de Julio de 2002, constando que estuvo de alta en el Ayuntamiento de Alicante desde el 1 de octubre de 1991 al 16 de junio de 1995 y desde esta última fecha en el que se vuelve a dar de alta hasta la baja definitiva del Ayuntamiento de Alicante el 10 de junio de 1996, lo que declara el querrellado que se debe a que cesó como Alcalde, pero continuó un tiempo como concejal hasta dejar tal cargo político hasta que fue elegido Diputado en las Cortes Valencianas, siendo dado de alta en las mismas el 13 de junio de 2007, asimismo consta en la dicha hoja de Historia Laboral del querrellado, expedida por la Tesorería General de la Seguridad

Social que, una vez cesada la relación laboral del querellado con “Enrique Ortiz e Hijos S.A.”-15 de julio de 2002, fue dado de alta, con fecha 3 de septiembre de 2002, en la empresa “Hansa Urbana S.A.”, donde permaneció hasta su baja en 31 de diciembre de 2005, cotizando después como autónomo con alta en 1 de enero de 2006 y baja en 31 de mayo de 2007, siendo su siguiente actividad la de parlamentario en las Cortes Valenciana, con alta, como se ha señalado en 13 de junio de 2006.

Lo anterior trae como consecuencia, en primer lugar, que su relación laboral con la empresa “Enrique Ortiz e Hijos S.A.” no se produce inmediatamente después de su cese como Alcalde en 1995, como se afirma en la querella, sino mucho tiempo después en 1999, cesando en tal relación laboral en julio de 2002, y realizando después trabajos por cuenta ajena para otra empresa “Hansa Urbana S.A.” y, una vez cesada la relación laboral con esta, con posterioridad como autónomo, lo que indiciariamente y atendida la secuencia temporal reseñada y la diversidad de ocupaciones en el campo del ejercicio profesional privado del querellado, no permite la consideración de dádiva del hecho de la contratación del querellado por la empresa “Enrique Ortiz e Hijos S.A.”, y, en segundo lugar, y por lo que se refiere al cómputo de la prescripción planteada por el Ministerio Fiscal, que aun el caso de que cupiera la consideración de dádiva de la dicha contratación ésta termina con la extinción de la relación laboral con “Enrique Ortiz e Hijos S.A.”, lo que se produce con fecha 15 de julio de 2002, según se desprende de la documentación aportada.

Tercero.- Asimismo respecto de las presuntas dádivas recibidas por el querellado del Sr. Ortiz, el relato de hechos de la querella recoge, en segundo lugar, que el Sr. Ortiz dueño de “Enrique Ortiz e Hijos S.A.” asumió el coste total, que cifra en 698.600 pesetas, de una reforma en la vivienda del querellado realizadas entre noviembre de 1997 y febrero de 1998, lo que cuanto menos resulta inexacto atendido lo que aparece en la nota informativa literal del inmueble en cuestión expedida por el Registro de la Propiedad de Alicante, que aporta el querellado, en la que figura el historial registral del inmueble, y del que se desprende que la propiedad del mismo es de la actual esposa del querellado con la que contrajo matrimonio, según manifiesta en 6 de agosto de 1999, por lo que en la fecha de las reformas la propiedad del inmueble

no era del querellado, sino de su actual esposa con la que ya mantenía relación en dichas fechas.

Lo reseñado trae como consecuencia, en primer lugar, que indiciariamente la presunta dádiva estimada por la querella consistente en el pago de una reforma en la vivienda del querellado, no se pudo producir en los términos planteados por la querella, pues tal vivienda no era propiedad del mismo en dichas fechas, y, en segundo lugar, y a los efectos del cómputo de la prescripción planteada por el Ministerio Fiscal, que aun en el caso de que se llegara a establecer que tales costes de reforma fueran asumidos por el Sr. Ortiz o su empresa y que ello fuera constitutivo de dádiva al querellado, pese a no ser el propietario del inmueble, la misma se hubiera producido como muy tarde a la finalización de las obras que la propia querella data en febrero de 1998.

Cuarto.- Por último, respecto de las dádivas atribuidas presuntamente por la querella al querellado, en tercer lugar, el relato de hechos de la querella recoge la transferencia del Sr. Ortiz al querellado de un vehículo automóvil Audi A6 TDI, matrícula A-7576-DV, matriculado el 22 de febrero de 1999, que con posterioridad ha sido transferido a uno de los hijos del querellado, datos estos que se han precisado en la declaración del querellado, que ha aportado factura de adquisición del dicho vehículo de fecha 30 de junio de 2002, expedida por la empresa “Enrique Ortiz e Hijos”, por importe de 5.181,14 euros, que con el IVA totaliza la cantidad de 6.010,12 euros, manifestando el querellado que el vehículo en cuestión es un vehículo de empresa que se le asignó al entrar en la misma atendido su carácter de directivo de los servicios jurídicos de la empresa, y que, terminada su relación laboral con “Enrique Ortiz e Hijos S.A.”, le fue ofrecido por su valor residual, adquiriéndolo por el valor reseñado en la factura aportada.

De lo antes señalado se desprende, en primer lugar, que el uso del vehículo de empresa -matriculado en 22 de febrero de 1999, según relata la querella- como miembro de la empresa se produce después de su contratación como empleado de la misma – 25 de enero de 1999, según hoja de vida laboral-, y que su adquisición – factura de 30 de junio de 2002- se produce efectivamente quince días antes de finalizar

su relación laboral en la empresa “Enrique Ortiz e Hijos S.A.” el 15 de julio de 2002, lo que indiciariamente no permite considerar dádiva la transferencia del dicho vehículo, ni el uso del mismo, que responde indiciariamente a una relación laboral con la dicha empresa del Sr. Ortiz de la que fue directivo, y, en segundo lugar, en lo referente al computo de la prescripción planteada, en todo caso y aun cuando se considerase que tal transferencia es una dádiva, la fecha última de la misma sería la de la efectiva transferencia, que se concreta, atendida la factura aportada, el 30 de junio de 2002, que es cuando se adquiere el vehículo por el querellado.

Quinto.- Hechas las anteriores precisiones acerca de las presuntas dádivas que la querella atribuye como recibidas por el querellado, se ha de señalar que - aun cuando estas concurrieren, lo que indiciariamente, a tenor de lo dicho y en especial de la secuencia temporal de los hechos en que se concretan, no parece ocurrir- la calificación de las mismas, atendido lo dispuesto en el Auto de la Sala de admisión parcial de la querella, se ha de concretar, en el caso de que se hubieren producido, como inscribibles en el tipo penal del artículo 425.1 del Código Penal, descartada que ha sido por la Sala la concurrencia del delito de prevaricación en las adjudicaciones durante el mandato como Alcalde del Ayuntamiento de Alicante del querellado, y, atendido que el querellado en el momento de las pretendidas dádivas carecía de la condición de funcionario o autoridad, sólo cabría el planteamiento de las dádivas como recompensa por actos anteriores no constitutivos de delito y producidos cuando era Alcalde del Ayuntamiento de Alicante.

Sexto.- Concretados los datos de los hechos que la querella atribuye como dádivas al querellado con los aportes documentales hechos por el mismo en el acto de su declaración, se ha de señalar que, como acertadamente recoge el Ministerio Fiscal, el artículo 425.1 del Código Penal establece como pena la de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años, pena esta que tiene la consideración de menos grave, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 33.3. c) y d) del Código Penal estableciendo a su vez el artículo 131 del Código Penal establece que los delitos menos graves prescriben a los

tres años.

Séptimo.- Constatado que las presuntas dádivas atribuidas por la querrela al querrellado, son todas anteriores al 15 de julio de 2002, fecha en que termina su relación laboral con la empresa “Enrique Ortiz e Hijos S.A.”, se ha de estimar en todo caso como término final de las presuntas dádivas que resultarían en el caso de concurrir incardinables en el delito de cohecho del artículo 425.1 del Código Penal y por tanto *dies a quo* del cómputo de la prescripción. En consecuencia resulta claro que el tiempo transcurrido desde tal fecha hasta la admisión parcial de la querrela por Auto de 26 de octubre de 2010 - ocho años tres meses y once días- supera en exceso –cinco años, tres meses y 11 días- los tres años que exige el Código Penal para apreciar la prescripción del delito de cohecho del artículo 425.1 del Código Penal, con la calificación penal que correspondería a los hechos relatados por la querrela respecto de las presuntas dádivas atribuidas al querrellado, por lo que se ha de estimar que concurre la prescripción y con ello la extinción de cualquier responsabilidad penal del querrellado por estos hechos.

Octavo.- Apreciada la existencia en todo caso de la prescripción reseñada y de la consiguiente extinción de responsabilidad penal, procede su declaración en cualquier momento del procedimiento, como antes se ha reseñado, y en consecuencia, atendido el momento procesal en que se encuentra el presente caso, extinta en todo caso la responsabilidad penal del querrellado, no procede la adopción de ninguna otra diligencia de investigación y en consecuencia se ha de desestimar la práctica de las demás diligencias pedidas por la querellante en su querrela y en los demás escritos presentados al efecto.

Noveno.- Asimismo y atendida la concurrencia de la prescripción planteada por el Ministerio Fiscal, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 425.1, 33.3.c) y d), 131 y 130.5 del Código Penal, procede declarar la prescripción y la consiguiente extinción de responsabilidad penal del querrellado por las presuntas dádivas cuya recepción le atribuye la querrela presentada, y por tanto procede acordar el

sobreseimiento libre y el archivo de la causa que interesa el Ministerio Fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien se ha de precisar que tal petición del Ministerio Fiscal viene referida al apartado 2 del dicho artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por cuanto considera aplicable la doctrina del Tribunal Supremo que considera la prescripción una causa de exclusión de la punibilidad en el sentido de que es una institución sustantiva o material, lo que significa que cuando un delito prescribe pierde su condición de tal y por tanto el hecho no es constitutivo de delito, frente a la otra doctrina que considera la prescripción un impedimento procesal en el sentido de que es una institución de naturaleza procesal, lo que comportaría que el delito prescrito sigue siendo delito, pero ya no puede ser perseguido. En cualquier caso, y a los efectos de las presentes Diligencias Previa, procede el sobreseimiento libre tanto por el apartado 2, interesado por el Ministerio Fiscal con el fundamento dicho, cuanto por el apartado 3 del dicho artículo 637 del Código Penal, se siga una u otra de las posiciones doctrinales reseñadas acerca de los efectos materiales o meramente procesales del instituto de la prescripción apreciada.

En consideración a lo expuesto,

DISPONGO :

Declarar la prescripción y la consiguiente extinción de responsabilidad penal del querellado por las presuntas dádivas cuya recepción le atribuye la querrela presentada y por tanto acordar el sobreseimiento libre y el archivo de la causa, y, en consecuencia a ello, desestimar la práctica de las restantes diligencias pedidas por la parte querellante en su querrela y en los demás escritos presentados por dicha parte al efecto.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, instruyéndoles de que contra el presente auto cabe recurso de reforma ante este Magistrado Instructor y de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, subsidiariamente con el de reforma o por separado, en el plazo de tres días, de

conformidad con lo establecido en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; firme que sea, dése cuenta para resolver sobre la fianza constituida por los querellados y tras ello archívense las actuaciones, dando cuenta y traslado del auto a la Sala.

Así, por este mi auto lo acuerdo, mando y firmo.