



A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

EL FISCAL, con fundamento en los artículos 847, 848, 849.1º, 852, 854, 859, 875, 879 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interpone recurso de casación contra el **Auto** dictado por el Tribunal Superior de Justicia de **Valencia**, resolviendo recurso de apelación, contra el Auto dictado por el Instructor de las diligencias Previas **2/2009**.

Contra el Auto que se impugna tiene preparado el recurso que ahora articula, en tiempo y forma. Ha sido emplazado con fecha **11 de Septiembre**.

Cumpliendo lo prevenido en el artículo 874 de la Ley Procesal citado, damos por reproducidos los antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y fallo del **AUTO** recurrido, formalizando el recurso mediante los motivos que a continuación se exponen:

MOTIVOS DEL RECURSO

PRIMER MOTIVO

“Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LEcrim, por indebida inaplicación del art. 426 del C.Penal”.

El Fiscal considera que el Tribunal yerra en la interpretación dada al delito de cohecho impropio sancionado en el artículo 426 del Código Penal y, en concreto, a la relación de causalidad en él exigida.



Conforme a lo transcrito en el apartado anterior del informe, el fundamento del sobreseimiento libre acordado es la, a juicio de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, ausencia de relación causal entre la dádiva admitida y la función pública desempeñada por los imputados. Ello por cuanto entiende que resulta preciso para la concurrencia de dicho elemento la realización de un acto por parte del funcionario o autoridad en atención a la dádiva admitida o bien que el regalo se haya entregado en recompensa del ya realizado.

En ese sentido, destaca la Sala como hechos relevantes que los imputados carecen de competencias para adjudicar los contratos celebrados ente la Generalitat Valenciana y la sociedad Orange Market SL y que no consta ninguna actuación a favor de esta mercantil ni que los regalos se entregaran como agradecimiento de actuación ninguna.

De tal afirmación el Tribunal extrae la conclusión de que no se ha lesionado o puesto en peligro el bien jurídico protegido por el artículo 426 del Código Penal.

La Sala centra el examen en el primer inciso del artículo 426 por ser éste el aplicado en el auto cuya apelación resuelve y con base en los hechos destacados anteriormente. Sin embargo, dado que la fase de instrucción aún no había finalizado en el momento de dictar el auto, no puede establecerse una concreta calificación, como se expondrá con mayor detalle en relación con el segundo motivo de casación.

Ahora bien, ni siquiera partiendo de que la calificación definitiva fuera la del delito sancionado en el inciso primero del artículo 426 del Código Penal, puede coincidirse con la interpretación que del mismo se hace en la resolución impugnada. Igualmente esa interpretación del artículo 426 del Código Penal es cuestionada en el voto particular del auto.



El artículo 426 del Código Penal establece que *“la autoridad o funcionario público que admite dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses”*.

Como resulta de la lectura del precepto transcrito, se sancionan en el artículo 426 dos conductas distintas y excluyentes entre sí. Ello por cuanto se emplea la conjunción disyuntiva “o” que no puede sino implicar alternatividad entre los motivos de la entrega del regalo: o se admite en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

La interpretación de la Sala implicaría prescindir de la primera de las alternativas de modo que sólo se entenderá cometido el delito del artículo 426 cuando el regalo tuviera por fin la realización de un concreto acto. Se vaciaría, así, de contenido derogando tácitamente el artículo 426, primer inciso, del Código Penal. Esta derogación tácita del precepto conllevaría la atipicidad de la admisión de regalos por funcionarios o autoridades cualquiera que fuera el valor de aquéllos (pensemos, por ejemplo, en un inmueble, un vehículo de lujo, un millón de euros, etc.) si no constara la realización de un acto concreto. No obstante, no cabe duda de que el bien jurídico protegido, conservación de la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos exclusivamente al imperio de la Ley, se ve gravemente dañado con estas conductas. Especialmente en supuestos como éste en el que consta acreditada una contratación superior al millón de euros anuales entre la administración pública a la que pertenecen los imputados y las empresas de los particulares que habrían entregado las dádivas.

La asunción de la interpretación del artículo 426 del auto impugnado, supondría la sanción del cohecho únicamente en los supuestos en que la dádiva tuviera por objeto la consecución o recompensa de un acto realizado por el funcionario. Sea este acto delictivo (artículo 419 Código Penal), injusto (artículo



420 Código Penal) o propio de su cargo o no prohibido legalmente (artículos 425 y 426, segundo inciso, del Código Penal).

Sin embargo, tanto la jurisprudencia como el legislador parecen mantener el criterio contrario, considerando punible la admisión de dádivas en razón, simplemente, del cargo desempeñado por el funcionario. **La relación de causalidad exigida jurisprudencialmente habría de concurrir entre la dádiva y el cargo desempeñado por el funcionario y no entre la dádiva y un acto realizado por éste.**

El ATS de 2 de febrero de 2009 al distinguir los diversos tipos de cohecho incluye, sin exigir la realización de ningún acto por el funcionario, aquél en el que la dádiva se entrega simplemente en consideración a su función (*“en todo caso el tipo penal exige, en lo que al funcionario concierne que solicite o reciba la dádiva ora para cometer un delito en el ejercicio de su cargo, ora para ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, incluso si no llega a ejecutarlo, o para abstenerse de un acto que debiera practicar. Pero también cuando la dádiva, solicitada o aceptada, tenga por objeto un acto propio del cargo a realizar o ya realizado. Y, finalmente, se comete también el delito por el funcionario que acepta dádiva o regalo que se le ofrece precisamente en consideración al cargo que desempeña. O para la consecución de un acto no prohibido legalmente”*).

La STS de 21 de enero de 1994 establece que en este cohecho impropio *“no se exige del funcionario la ejecución u omisión de un acto relativo al ejercicio del cargo, sino que basta con... que el regalo sea ofrecido en consideración a su función”*. Al respecto, continúa la Sentencia, la expresión *“en consideración a su función”* debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se



hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla>. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en, entre otras, las Sentencias de 2 de febrero de 1994 y 16 de diciembre de 1998.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008, mencionada en la resolución recurrida, es igualmente ilustrativa de la falta de exigencia de un acto concreto del funcionario al que se vincule la dádiva. Expone que *“la expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesariedad de un significado retributivo, `por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al artículo 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, 16 de marzo, en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se “...protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley”*. Por ello, en dicha Sentencia se confirma la condena de dos miembros de la Guardia Civil como autores de un delito de cohecho del artículo 426 Código Penal sin que en los hechos probados se describa ninguna actuación de aquéllos con motivo de su función sino, simplemente, que hacían visitas en tal concepto al lugar en que se produjeron los hechos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2007 que, de acuerdo con el auto impugnado, avalaría la tesis mantenida por éste, se refiere, sin embargo, con claridad, a la alternatividad entre los dos incisos del artículo 426 (*“...Pero lo que no queda adecuadamente afirmado en la Querrela es ninguno de los elementos causal o teleológico, de la conducta infractora que, como ya dijimos, puede ser, alternativamente, o bien que la entrega se llevó a cabo en consideración a la función pública del receptor o con el objeto de conseguir la realización de un acto no prohibido legalmente”*). En consecuencia, la exigencia



de la Sentencia de la concreción de un determinado acto para poder considerar cometido el delito previsto en el artículo 426 Código Penal, se refiere a su segundo inciso, al supuesto en que la *“finalidad de la dádiva fuere la consecución de un acto no prohibido legalmente”*.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009, a la que también atribuye la Sala el apoyo al criterio defendido por éste, simplemente afirma la imposibilidad de condena con base en los artículos 425 y 426 del Código Penal por no recoger los hechos probados ninguna de las situaciones que en ellos se exigen. Bien sea que con la dádiva se pretendía la realización de un acto no prohibido legalmente o que se admita en consideración a la función del empleado público (*“La tipicidad que propugna es el cohecho de los artículo 425 y 426 del Código Penal, esto es, la solicitud o la recepción de dádivas o promesas, para la realización de un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado (artículo 425), o en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente (artículo 426), situación típica que no se menciona en el apartado fáctico de la sentencia en el que se refiere una operación de préstamo., documento en orden a la constancia y devolución, que no llegó a ser devuelto y que el Tribunal de instancia declara expresamente probado que no hay constancia de la realización de ningún acto para gestionar o para interesar una determinada resolución de asuntos pendientes de quien figura como prestamista. En otros términos, no concurre en el hecho probado la realización de la finalidad para que se entrega el dinero, tratándose de un contrato de préstamo incumplido en orden a la devolución, sin que medie la realización de un acto propio del cargo, o recompensa del ya realizado, o que haya sido entregado en consideración a su función. La afirmación fáctica contenida en el hecho no permite la tipificación que se interesa en la impugnación al referirse a la concesión de un préstamo que se documenta”*).

En definitiva, la jurisprudencia estima cometido el delito del artículo 426, inciso primero, del Código Penal, cuando el regalo se acepte por razón del cargo del funcionario, sin requerir la realización de acto ninguno por parte de éste.



Por otra parte, como ya apuntábamos, la misma intención puede atribuirse al legislador contrariamente a lo señalado en la resolución impugnada. En la misma se aduce como apoyo de la tesis en ella mantenida, la reforma operada por la Ley Orgánica 9/1991.

La tipificación del cohecho pasivo impropio sancionado en el actual artículo 426, primer inciso, del Código Penal tiene una larga tradición en el derecho español. En el Código Penal de 1848 se sancionaba al *“empleado público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio”*. El Código Penal de 1870 tipificaba como cohecho la conducta del funcionario público *“que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio”*. Por su parte, el Código de 1944 añadió a este supuesto de cohecho pasivo impropio el del funcionario que admitiere regalos *“para la consecución de un acto justo que no debe ser retribuido”*. Ésta es precisamente la redacción que se mantuvo en el Código Penal de 1973 hasta su modificación por Ley Orgánica 9/91, Ley a la que se refiere el auto impugnado.

La reforma operada por esta Ley en el artículo 390 (antecedente del actual 426) afecta fundamentalmente al segundo inciso del precepto. Así, se sustituye la expresión *“para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido”* por la de *“para la consecución de un acto no prohibido legalmente”*.

El único cambio que se produce respecto del primer inciso se refiere a la utilización del término *función* en lugar del de *oficio*. Sin embargo, no parece que pueda deducirse de esta modificación que lo que se pretendiera fuera exigir la realización de acto concreto. Así, a diferencia del resto de los artículos que sancionaban el cohecho, siguió sin recoger ninguna referencia a actos concretos del funcionario. Por otro lado, si bien las palabras *función* y *oficio* no poseen idéntico significado, lo cierto es que una de las acepciones del vocablo *oficio* es la de *“cargo o ministerio”*, definición muy próxima a la de *función* y otra, *“función*



propia de alguna cosa”, incluye el propio término función (Diccionario de la Real Academia Española).

En el vigente Código Penal, la descripción del cohecho contenida en el antiguo artículo 390 pervive en el actual artículo 426. Pero, además, se incluye un nuevo tipo de cohecho pasivo impropio en el artículo 425.1 del Código Penal. Precepto que sí exige expresamente que la finalidad del regalo sea la realización por parte del funcionario de un acto propio de su cargo o la recompensa del ya realizado. En definitiva, la diferente redacción del artículo 425.1 y 426, primer inciso, no puede sino significar una distinción entre las conductas que ambos preceptos sancionan.

Finalmente, es de destacar que la diferencia de *lege data* entre ambos cohechos pasivos impropios, aquél en que el regalo se da en consideración al cargo y el que se da por realizar o recompensar un acto propio del ejercicio del cargo del funcionario, se mantiene en el actual anteproyecto de reforma del Código Penal.

Con objeto de adaptar la legislación española a la comunitaria se plantea la reforma de numerosos artículos del Código Penal, entre ellos, los relativos a la corrupción en la función pública. En relación con el cohecho pasivo impropio, el artículo 422 recoge en gran medida el descrito en el artículo 426, inciso primero, del vigente Código Penal aumentando notablemente la pena. El citado precepto dispone que “la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años”. No incluye ya, ni siquiera de forma alternativa, ninguna referencia a la realización de un acto del funcionario público. Las conductas constitutivas de los restantes delitos de cohecho, que sí exigen la vinculación de la dádiva a una actuación del funcionario o autoridad, se agrupan en los artículos 419 y 421. Se distingue así



claramente el cohecho objeto de examen en este informe de los demás tipos de cohecho, de modo que no deja lugar a dudas la no exigencia de realización de acto ninguno para su comisión.

En conclusión, atendida la evolución legislativa, la jurisprudencial y la literalidad del artículo 426, primer inciso, del Código Penal, no cabe estimar exigible para la comisión de un delito en él tipificado el que el regalo tenga por objeto la realización de un acto por el funcionario o la recompensa del ya realizado. Basta para su comisión que la dádiva se perciba por el cargo que desempeña el funcionario o autoridad.

Éste es precisamente el motivo aducido por el Ilmo. Magistrado Instructor en el auto de 6 de julio de 2009 como recoge el Tribunal Superior de Justicia. En efecto, el Instructor estima que no existe *“...ninguna causa o razón diferente de la atinente a la condición personal de los receptores de las prendas y a la función pública que los mismos desempeñaban, que permita explicar por qué motivo Álvarez Pérez o las sociedades a las que el mismo estaba vinculado tuvieron que obsequiarles de aquél modo”*.

La Sala afirma en reiteradas ocasiones, revisando la resolución del Magistrado Instructor, que la estructura esencial del discurso valorativo que se efectúa por el mismo no puede calificarse de irracional, carente de toda lógica, o manifiestamente contraria al resultado de esos actos, así como que las conclusiones fácticas provisionales a las que llega el Auto recurrido responden a cánones de racionalidad. De este razonamiento lógico el Instructor extrae la conclusión de la concurrencia de una relación entre el cargo público y la dádiva percibida. Ello sin perjuicio de admitir como causa concomitante una eventual relación personal (se formulan ambas circunstancias como conjuntas, no alternativas).



Sin embargo, a continuación la Sala se aparta del criterio del Instructor cuando excluye la relación de causalidad entre la dádiva y la función pública desempeñada.

El auto expresaba así, tal y como establece el Tribunal Supremo, que la dádiva se había entregado en consideración a la función de los imputados. En ese sentido pueden citarse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2008 y de 21 de enero de 1994 (*“...el término “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo de regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le atorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla”*).

Las citadas Sentencia también contradicen la afirmación del auto cuyo recurso se ha preparado de que *“no cabe concluir que se haya lesionado o puesto mínimamente en peligro el bien jurídico protegido por el tipo penal y relativo a la correcta actuación de la Administración Pública y la imparcialidad de sus decisiones”*.

Al respecto, es especialmente elocuente la Sentencia de 21 de enero de 1994 al disponer que *“el cohecho impropio, también denominado por algunos “no corruptor” –con evidente error de adjetivación pues toda conducta tendente a perturbar el correcto e íntegro ejercicio de su función por quien tiene encomendadas tareas públicas contiene en sí un elemento corruptor- es, sin duda la modalidad más leve de concusión o cohecho pasivo, en cuanto el funcionario no se presta a realizar por dádiva o presente un acto irregular delictivo o simplemente injusto propio de su función, sino que acepta regalos que le son ofrecidos en atención al cargo o función que desempeña o para recompensar o conseguir la ejecución de actos debidos (y, por ende, justos) que, como tales, no*



tienen por que ser remunerados por los particulares. Pero, en cualquier caso, se trata de actos impropios de la deontología de los funcionarios públicos que, tanto por la lealtad debida a la Administración pública de la que forman parte como por ejercer funciones a favor de la comunidad social que los retribuye, deben dar el máximo ejemplo de decoro o integridad... Por lo que la esencia de la antijuricidad del tipo penado, que es precisamente, como queda dicho, la obtención de una irregular ventaja económica utilizando o aprovechando la posición que la función pública desempeñada proporciona, se da en el hecho que se sanciona y no se ha producido por ello la indebida aplicación del artículo 390 Código Penal, que se denuncia”.

La Sentencia de 13 de junio de 2008 también resulta relevante a los efectos estudiados por cuanto refiere que *“de ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al artículo 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la STS 361/1998, de 16 de marzo, en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se “...protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley”.*

Pero es que incluso una interpretación lógica del art. 426 lleva a idéntica conclusión.

En efecto, la experiencia demuestra que en muchas ocasiones la dádiva o presente no tiene por objeto una contraprestación inmediata por parte del receptor.

Lo que se pretende es “poner en nómina” al beneficiario, colocándole en la situación de absoluto agradecimiento a su benefactor, de tal modo que cuando con posterioridad, en tiempo indefinido, se le pida que realice actos a favor del donante – sean estos cuales sean- aquel no tenga posibilidades físicas o morales para negarse.



Conforme a lo señalado y como ya se expuso con anterioridad en este informe, el bien jurídico protegido se ha visto gravemente dañado. Especialmente existiendo, entre la administración pública a la que pertenecen los imputados y las empresas de los particulares que habrían entregado las dádivas, una contratación superior al millón de euros anuales.

En conclusión, el Fiscal considera indebidamente inaplicado el art. 426 del Código Penal. ello por cuanto la relación de causalidad exigida en ese artículo no se refiere a un acto concreto sino simplemente al cargo desempeñado por el funcionario o autoridad. Esta relación de causalidad constaría, como precisó el auto de 6 de julio de 2009, ante la inexistencia de una relación personal que justifique la entrega de la dádiva y la constancia de una contratación millonaria entre Orange Market SL y la Generalitat Valenciana. Los imputados podrían, *de facto*, favorecer u obstaculizar la contratación.

Finalmente, se discrepa también del archivo acordado respecto de Ricardo Costa Climent, no sólo por estimarlo improcedente en esta fase del procedimiento, sino por considerar vulnerado nuevamente lo dispuesto en el art. 426 del C.Penal.

El Tribunal Superior de Justicia acuerda el sobreseimiento con base en el puesto ocupado por el Sr. Costa en el Partido Popular (Vicesecretario o Secretario General). De éste infiere que las dádivas habrían sido entregadas en relación con la contratación entre Orange Market y ese partido. No obstante, ambos supuestos no resultan incompatibles, dado que el Sr. Costa también ostenta la condición de Autoridad como miembro del Parlamento Valenciano, sin que, a los efectos del art. 426 C.Penal, se establezca diferencia alguna entre la cualidad pública del autor como miembro del Poder Ejecutivo o del Legislativo.

Por otra parte, resulta llamativo que se establezca tal relación ignorándose sus competencias en materia de contratación en el Partido Popular. En ese sentido,



“la situación relevante del Sr. Costa en el Partido Popular” sería exactamente igual que la que pudiera predicarse de los Sres. Camps, Campos y Costa en la Generalidad Valenciana y que –en el caso de éstos últimos- no se estima suficiente para acreditar la relación entre el cargo del funcionario y la dádiva entregada.

SEGUNDO MOTIVO

“Por infracción de derecho constitucional, al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24.1 y 2 de la Constitución Española por errónea aplicación del art. 637.2 de la LECrim”.

La Sala acuerda el archivo y sobreseimiento libre de la causa con base en el artículo 637.2º LECrim al resolver los recursos de apelación interpuestos contra el auto de 6 de julio de 2009. La citada resolución acuerda la continuación de las Diligencias por los trámites del procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

El archivo de las actuaciones en la fase procesal en la que se ha acordado vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías –art. 24.2 Constitución Española- en cuanto priva al Fiscal de proponer y practicar todas las diligencias necesarias para la determinación del hecho, y en su caso, de las personas responsables (SSTC de 30 de enero y 19 de junio de 2006, de 22 de abril de 2002 y 17 de enero de 2000).

Como se alegó por el Fiscal en la impugnación del recurso de apelación resuelto por el auto de Sala, el sobreseimiento de la causa resulta prematuro en esta fase. Especialmente si, como sucede en el presente procedimiento, el sobreseimiento es libre y no provisional.



El sobreseimiento libre, atendido su carácter definitivo, impide reabrir la causa aún cuando aparecieran nuevos datos referidos a los hechos del procedimiento. Por ello, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional exigen que se adopte *“tras profunda reflexión y procediendo con tacto, prudencia y mesura, debiendo la Audiencia fundar, justificar y razonar –motivar- tal decisión”* (SSTC 297 y 314/94 ; SSTS de 24 de abril de 2007 y de 17 de mayo de 1990).

Pues bien, la Sala de lo Civil y Penal, contrariamente a la práctica habitual de los órganos jurisdiccionales, ha acordado el sobreseimiento libre con base en el artículo 637.2 de la LECrim. Podría entenderse correcta esta decisión, sin perjuicio de la valoración que se efectuara de la interpretación del artículo 426 ofrece el auto, si la instrucción hubiera finalizado. En ese sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en las Sentencias anteriormente citadas. Señala el Alto Tribunal que *“si se trata de un problema estrictamente jurídico, -es decir no relativo a los hechos cuya clarificación sí puede y debe acaecer en el acto del juicio oral-, y si el Tribunal considerase tras examen y debate que la duda se resuelve a favor de la tipicidad, debiera proseguir el procedimiento no acordando el sobreseimiento libre, pero si mantuviera la duda parece que el principio in dubio libertas o pro libertate (arts. 1.1, 9.3 y 10 Constitución Española) exige optar por el sobreseimiento si en la Sentencia se va a seguir la tesis absolutoria. Consecuente con ello, el Tribunal tiene facultad para acordar el sobreseimiento libre previsto en el art. 637.2, a pesar de la pretensión acusatoria del Ministerio Fiscal o del acusador particular, tal como se previene en el art. 645.1, pues al tratarse de una cuestión de derecho y no de hecho, que no puede variar a lo largo del acto del juicio oral, la economía procesal y la protección de los derechos fundamentales del proceso exigen la existencia de esta facultad del Tribunal, siendo la resolución de éste susceptible de recurso de casación en base al art. 848.2 LECrim”*.

Sin embargo, en este caso, se ha optado por archivar el procedimiento cuando aún la fase de instrucción continuaba abierta. En consecuencia, las conclusiones que extrae de los hechos que se consideran indiciariamente



acreditados por el Ilmo. Magistrado Instructor en el auto apelado, pueden devenir inservibles si el avance de la instrucción determina la modificación de aquéllos.

En concreto, como se ha hecho constar en la argumentación del primer motivo casacional, el auto de la Sala resalta las afirmaciones del auto apelado relativas a la no constancia de relación directa entre las dádivas investigadas y los concretos actos de contratación referidos a las adjudicaciones por parte de entidades de la administración pública Valenciana a Orange Market SL. Situación ésta que es perfectamente compatible con el art. 426 y que, además, podría alterarse durante la instrucción. Ha de recordarse que este procedimiento deriva de una causa enormemente compleja y en la que se ha recogido un ingente volumen de documentación de distintitos registros incluida la sede de la entidad Orange Market SL. No resulta ilógico pensar que en aquélla pudieran encontrarse documentos relevantes para los hechos investigados en el procedimiento cuyo sobreseimiento se acuerda. Relevancia que pudiera concretarse en una diferente calificación de los hechos.

Al respecto, procede destacar que el cargo de uno de los imputados, Rafael Betoret Parreño, se desempeña en la Agencia Valencia del Turismo, entidad con la que mantiene una elevada contratación –superior al millón de euros anuales- la sociedad Orange Market SL.

Igualmente, el elenco de figuras de cohecho recogidas en el Código Penal, no permite descartar que de las diligencias pendientes de practicar (entre las que es de especial importancia, el examen y análisis de la documentación intervenida), resulte la alteración del delito que finalmente se impute a los Sres. Camps, Costa, Campos o Betoret.

Conforme a lo expuesto, en la fase procesal en que se encuentra el procedimiento no procede acordar el sobreseimiento libre y archivo de la causa.



Ello, a pesar de que por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia se estime que el auto de 6 de julio de 2009 del Ilmo. Sr. Magistrado Instructor clausura la instrucción; y que el Fiscal, al no recurrir, admitió el cierre de la investigación. Sin embargo, como a continuación se expondrá, la resolución del Instructor no impide la proposición de diligencias, sino que difiere su solicitud a la comparecencia prevista en el art. 25 LOTJ, como así hizo el Fiscal. La impugnación del auto de 6 julio sólo procedería, en cuanto al fondo, en el caso de que se entendiera que el delito que pudiera imputarse no fuera de los atribuidos el enjuiciamiento por jurado.

La Sala entiende finalizada la fase de investigación porque el auto opta por una de las alternativas previstas en el art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No obstante, el artículo 779 prevé la posibilidad de que se dicten distintas resoluciones sin hacer referencia en ningún caso a la acomodación de la causa al procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

En concreto, las alternativas que ofrece son las siguientes:

1º El sobreseimiento de la causa por estimar el instructor que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración. Igualmente, el archivo por no haber autor conocido.

2º La remisión al Juez competente cuando el hecho fuere reputado falta.

3º La inhibición a favor del órgano competente si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar.

4º El traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor, cuando todos los imputados fueren menores de edad penal.



5º El traslado de las diligencias previas al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas para soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias.

Es decir, lo acordado en auto de 6 de julio de 2009, no se encuentra recogido en el art. 779 LECrim. Pero, a mayor abundamiento, la resolución a que se refiere el apartado quinto (continuación de las diligencias previas por los trámites del Procedimiento Abreviado) que es la que, en cierto modo, más se asemeja a la resolución dictada, tampoco impide la práctica de nuevas diligencias de instrucción como expone dicho precepto.

En el mismo sentido, cabe citar el artículo 622 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, al abrir el Título referido a la conclusión del sumario y al sobreseimiento, exige que se hayan practicado las diligencias de instrucción.

En este caso, el Auto impugnado es de acomodación del procedimiento, no de conclusión de la instrucción. Ni como procedimiento ordinario, ni abreviado, ni de Jurado.

El fundamento del auto del Instructor no es, por tanto, el artículo 779 Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino el artículo 24.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado. El mismo establece que en cuanto el instructor considere la verosimilitud de los hechos objeto del procedimiento, y su posible calificación como uno de los delitos competencia del Tribunal del Jurado, incoe el procedimiento para el juicio ante dicho tribunal.

Por otra parte, también impone el dictado de la citada resolución el artículo 309 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conforme al que *“cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querrela, así como cuando de cualquier actuación procesal, resulte contra persona o*



personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, procederá el Juez a la incoación del procedimiento previsto en su Ley reguladora en el que, en la forma que en ella se establece, se pondrá inmediatamente aquella imputación en conocimiento de los presuntamente inculcados. El Ministerio Fiscal, demás partes personadas, y el imputado en todo caso, podrán instarlo así, debiendo el Juez resolver en plazo de una audiencia. Si no lo hiciere, o desestimare la petición, las partes podrán recurrir directamente en queja ante la Audiencia Provincial que resolverá antes de ocho días, recabando el informe del Instructor por el medio más rápido”.

En consecuencia, la resolución de 6 de julio de 2009 viene impuesta por los citados preceptos y no supone sino la acomodación de la instrucción a los trámites del procedimiento del Tribunal del Jurado. No puede entenderse otra cosa, toda vez que en ambos preceptos la resolución puede dictarse desde que se inicia el procedimiento. Resulta impensable (e inconstitucional, dada la falta de declaración de quien pudiera resultar acusado) que tras la admisión de la querrela se procediera de modo inmediato a dar por finalizada la fase de instrucción.

En el mismo sentido, la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado se refiere en sus artículos 25.3 y 27 a la proposición y práctica de diligencias de investigación en trámites posteriores al previsto en el artículo 24 del mismo texto legal. No es sino hasta finalizada su práctica cuando se confiere por el instructor traslado a las partes a fin que insten lo que estimen oportuno respecto a la apertura del juicio oral, formulando escrito de conclusiones provisionales. Sería, por tanto, en este momento procesal cuando habría de entenderse concluida la fase de instrucción, trámite al que todavía no se ha llegado en este procedimiento.

En definitiva, no puede estimarse finalizada la instrucción del procedimiento resultando, en consecuencia, improcedente por prematuro, el sobreseimiento libre acordado.



Por último, tampoco resulta procedente el archivo de la causa respecto a Ricardo Costa Climent. La valoración de que la dádiva se entregue por su condición de diputado de las Cortes Valencianas o por el cargo desempeñado en el Partido Popular ha de llevarse a cabo tras concluir la instrucción (STS de 29 de diciembre de 2004).

A tenor de lo manifestado al desarrollar los motivos casacionales formalizados, **el FISCAL INTERESA que ésta Excma. Sala**, casando el Auto de 1 de agosto de 2009, de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, resuelva mantener lo acordado por el Magistrado-Instructor, en fecha 29 de mayo de 2009. Esto es:

1º Que no ha lugar al sobreseimiento libre y archivo de la causa, por existir indicios racionales para estimar que los hechos que se les imputan pudieran ser constitutivos de un delito de cohecho previsto y penado en el art. 426 primer inciso del Código Penal.

2º Que continúe la tramitación de las diligencias a los mismos efectos, por los trámites del procedimiento para las causas ante el Tribunal de Jurado. Debiéndose acordar nuevo señalamiento a fin de celebrar la comparecencia prevista en el art. 25 de la LOTJ.

Por lo **expuesto**,

A la Sala **INTERESA** que, teniendo por presentado en tiempo y forma éste escrito, acompañado del testimonio recibido y copias, y admitiendo el recurso a trámite, previos los legales, dicte resolución de acuerdo con lo solicitado en este recurso.



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

OTROSI DICE: Este Ministerio hace constar, a efectos de lo establecido en el artículo 882 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que no conceptúa necesaria la celebración de Vista oral.

Madrid, a 29 de Septiembre de 2.009.

Una firma manuscrita en tinta negra, que parece ser la de J. Ignacio Campos, escrita sobre una línea horizontal.

Fdo. J. Ignacio Campos