

Causa Especial Nº: 20632/2014

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Francisco Monterde Ferrer

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.:

D. Francisco Monterde Ferrer

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil quince.

Dada cuenta. Por recibidos los anteriores testimonios y la copia del escrito presentado por los Procuradores Sra. Agulla Lanza y Sr. Campal Crespo, en nombre y representación de LA ASOCIACION LIBRE DE ABOGADOS DE MELILLA y del COLECTIVO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS MANOS LIMPIAS, respectivamente, que remite la Excmo. Sala, únanse a la pieza de su razón y a la vista de los siguientes,

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes actuaciones se incoaron en virtud de Exposición Razonada elevada el pasado 26 de agosto por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, en relación con la pieza separada llamada informe UOPJ0000000152/15.05.14 -Diligencias Previas 838/2011- que se tramitan en dicho Juzgado por un presunto delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP; malversación de caudales públicos del art. 432 CP y de fraude a la administración del art. 436 CP y en las que se encuentra implicado DON JUAN JOSE IMBRODA ORTIZ, Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla y Senador de las Cortes Generales en la presente X Legislatura, como así consta acreditado en autos.

SEGUNDO.- Tras oír al Ministerio Fiscal, se dicta por la Sala de Admisión auto en fecha 2 de febrero de 2015, acordando admitir su competencia para el conocimiento de la presente causa, únicamente contra la persona aforada, con designación de Magistrado Instructor conforme al turno establecido.

TERCERO.- Por providencia del Instructor de fecha 2 de marzo pasado se cita al imputado aforado a fin de oírle sobre los hechos objeto de la imputación para el siguiente 11/3/2015, teniendo lugar dicha comparecencia y declaración en dicha fecha, conforme consta en el acta levantada al efecto.

CUARTO.- Con fecha 23 de marzo pasado, la Procuradora Sra. Murillo de la Cuadra, en la representación que ostenta de Don Juan José Imbroda Ortiz, presentó escrito en el Registro General de este Tribunal interesando el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, acordándose por providencia de 24 de marzo el traslado al Ministerio Fiscal por cinco días, a fin de instar lo que a su derecho convenga.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Objeto de de la investigación.

1. El objeto de la investigación penal en el procedimiento seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Melilla trata sobre la contratación de letrados externos por la Ciudad Autónoma de Melilla. Una de las piezas separadas se refiere a la contratación del letrado Juan Jesús Olivares Amaya, para la dirección letrada de procedimientos judiciales derivados de reclamaciones presentadas a raíz de despidos de cooperativas de trabajo asociado. Por su intervención, en relación con la contratación y prestación de servicios por parte de este letrado, se formuló, en su momento, exposición razonada contra Juan José Imbroda Ortiz (dada su condición de aforado, de conformidad con el art. 57 LOPJ).

2. Los hechos que se recogen en la exposición razonada, que son los que se imputan al aforado son, en síntesis, los siguientes: en enero de 2001, se formularon diversas reclamaciones administrativas previas a la vía jurisdiccional laboral, relativas a empleados que fueron despedidos de cooperativas de trabajo asociado. Para defender a la Ciudad Autónoma de Melilla en los correspondientes procedimientos, el Presidente de la misma, Juan José Imbroda Ortiz, otorgó, en abril de 2001, poder notarial a favor del letrado citado. Sin embargo, no se ha aportado durante la instrucción del procedimiento la propuesta de nombramiento del letrado seleccionado por el órgano de contratación, ni el nombramiento por el Consejo de Gobierno, pese a que dicha documentación ha sido requerida por el magistrado instructor. Por el desarrollo de la labor, el citado letrado ha recibido -en concepto de provisión de fondos- la cantidad de 38.030,36 euros, mediante dos Decretos de pago de la Presidencia (de fecha 1 de agosto de 2001 y 26 de junio de 200s); así como 357.397,10 euros -en concepto de honorarios-, mediante seis Decretos de pago de la Presidencia (el primero es de fecha 7 de marzo de 2005 y el último de fecha 21 de septiembre de 2010).

Se entiende que hay indicios suficientes de que el letrado fue designado de manera directa por Juan José Imbroda Ortiz, sin observar los requisitos establecidos en la legislación administrativa, y percibió sumas de dinero en concepto de provisión de fondos y minutas mediante Decretos de pago de la Presidencia ordenados por el citado, quien carecía de competencia para hacerlo. Ello porque:

1) Se trataría de un contrato sometido a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2010, 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Concretamente, en la exposición razonada se considera que estamos ante un “contrato no menor”, lo que habría exigido formalizar un solo contrato, respetando los principios de publicidad y concurrencia.

2) La competencia para contratar un Letrado externo correspondía al Pleno de la corporación.

3) La competencia para la determinación de las acciones judiciales y designación del letrado, una vez tramitado el expediente de contratación, estaba delegada por el Presidente de la Ciudad Autónoma de Melilla en el Consejo de Gobierno (Decreto número 31, de 31 de marzo de 2000).

4) No se ha seguido en la designación del letrado ningún procedimiento de contratación.

5) La competencia para ordenar el pago al letrado correspondía al Consejero de Economía, Hacienda y Patrimonio (Decreto número 235, de 26 de julio de 1999).

3. Por todo ello, se considera que existen indicios de la comisión de los delitos de prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos y fraude a la Administración.

La exposición razonada considera como indicios de la comisión de los delitos fundamentalmente los dos siguientes: i) el hecho de que el aforado otorgará un poder a favor del letrado; y ii) el hecho de que el primero emitiera los decretos de abono de provisión de fondos y honorarios a favor del segundo. De ellos deduce que hubo una designación sin contratación alguna, y por tanto

omitiendo palmariamente el procedimiento establecido (posible prevaricación) y, en consecuencia se habrían entregado fondos públicos al letrado sin justificación (posible malversación y fraude).

4. Por la Sala de Admisión se dictó auto de fecha 2 de febrero de 2015, que acuerda declarar la competencia de esta Sala para la instrucción y enjuiciamiento de la presente causa y la designación de magistrado instructor. La citada resolución señala en su Fundamento de Derecho Quinto, *in fine*, que se «justifica la continuación de la investigación en esta Sala, por presunto delito de prevaricación, en relación con D. Juan José Imbroda Ortiz».

Conforme a lo indicado hemos de determinar si existen indicios de un delito de prevaricación administrativa, previsto y penado en el artículo 404 del Código Penal, según el cual la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, de su injusticia dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

SEGUNDO.- Delito de prevaricación: tipo objetivo.

1. Como decíamos en la STS 18/2014, de 23 de enero, con citación de otras muchas, el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1) el servicio prioritario a los intereses generales; 2) el sometimiento pleno a la ley y al derecho; y 3) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación 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. El delito de prevaricación, por otro lado, 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, eliminando arbitrariamente la libre competencia) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. En este sentido, no es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad lo que se sanciona.

Asimismo, una Jurisprudencia reiterada de esta Sala - STS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, con citación de otras- ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;
- en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;
- en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto;
- y, en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Como hemos indicado el posible delito de prevaricación se fundamentaría en que el aforado designó un letrado, sin contratación alguna, y por tanto omitiendo palmariamente el procedimiento establecido.

En este punto, cabe señalar que cuando se trata de infracciones del procedimiento, decíamos en la STS 743/2013, de 11 de octubre, que la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se incumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales.

En este sentido, como recordábamos en la STS 18/2014, de 13 de enero, conviene resaltar que la omisión del procedimiento legalmente establecido ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el Derecho. Así, se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración y de justicia y acierto en sus resoluciones.

En esta misma línea, respecto a la importancia del procedimiento administrativo, añadía la STS 743/2013, de 11 de octubre, que el mismo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto; pues en esos casos la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen, precisamente, para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta, en la que adopta su resolución.

2. Por tanto, es factible que una omisión del procedimiento pueda dar lugar a un delito de prevaricación. Ahora bien, ello será así sobre la base, determinada previamente, de cuál es el procedimiento concreto que se ha soslayado, a fin de concretar cuáles son los trámites de los que se prescinde y cuáles son los controles que se eluden. Sin embargo, en autos, ese procedimiento concreto no resulta evidente y patente, en la medida en que se discute qué naturaleza tiene el contrato suscrito con el letrado.

En efecto, la atribución de un posible delito de prevaricación se fundamenta en el hecho de que la contratación del mismo se debió llevar a cabo mediante lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 2/2010, 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; a través de la figura contractual del “contrato no menor”, lo que habría exigido formalizar un solo contrato, respetando los principios de publicidad y concurrencia y siendo el Pleno de la Corporación el órgano competente para la contratación. En este sentido, obra Informe emitido por el Interventor Territorial de Melilla y el Interventor Territorial Adjunto de Melilla (folios 94 a 121 del Rollo de Sala) en el que se indica (folio 101 del Rollo de Sala) que la contratación de un letrado externo por una entidad local es un contrato administrativo típico o nominado sujeto al Real Decreto Legislativo citado y cuya naturaleza es la de un contrato administrativo típico de consultoría y asistencia.

Sin embargo, de esta interpretación discrepa el aforado, que entiende que nos hallamos ante un contrato de naturaleza civil de arrendamiento de servicios y que se procedió a una contratación directa, tal y como se había hecho anteriormente por otros gobiernos y con otros letrados, tratándose de un arrendamiento de servicios. Efectivamente, tanto de su declaración como imputado y de los escritos de alegaciones, acompañado de documentos e informes emitidos por los correspondientes órganos de la Ciudad Autónoma de Melilla, la explicación de los hechos que aporta es la siguiente:

1) Que en la Ciudad Autónoma existe un funcionario, con la condición de graduado social, que ostenta la representación y defensa de la misma ante el orden jurisdiccional social, estando incluido en el correspondiente poder de representación procesal.

Así, en su declaración manifestó que se contaba con un graduado social y que la llegada de una serie de reclamaciones se conoció a través del mismo; lo que se hace constar en el Informe emitido por el Graduado Social Jefe de Sección de Relaciones Laborales (folios 174 a 177 del Rollo de Sala, especialmente folios 174 y 175).

2) Que cuando surgieron los litigios referidos a las cooperativas de trabajo asociado, el Consejero de Medio Ambiente puso de manifiesto al citado funcionario que, dada la entidad del trabajo y su repercusión social, así como para evitar que su labor como empleado público quedará paralizada, se había encargado la gestión de los procedimientos al letrado Juan Jesús Olivares Amaya.

El aforado en su declaración manifestó que al llegar al gobierno se encontraron en la Consejería de Medio Ambiente con una serie de cooperativas y los técnicos les manifestaron que había muchas irregularidades en ellas; por ello tuvieron que tomar la decisión de despedir a esas personas porque representaban el 10% de los empleados públicos de Melilla además del gasto que comportaban. Hechos que también resultan del Informe emitido por el Graduado Social Jefe de Sección de Relaciones Laborales (folio 176)

Es en el seno de la Consejería indicada donde se decide la designación del letrado. En tal sentido, consta una comparecencia del Consejero manifestando que fue él quien contactó con el Letrado (folios 215, 272 y 276 del Rollo de Sala), habiendo manifestado el aforado su declaración que fue el Consejero quien entró en contacto con el Sr. Olivares y le encargó como letrado para estos asuntos.

3) Que a partir de entonces el funcionario-graduado social y el letrado mantuvieron una relación de tipo técnico para la gestión y tramitación de los citados procedimientos (folio 176, Informe emitido por el Graduado Social Jefe de Sección de Relaciones Laborales).

4) Que las minutas del letrado eran entregados al funcionario-graduado social para comprobar si se correspondían con los procesos judiciales ya finalizados y, efectuadas las correspondientes comprobaciones, se redactaba la propuesta de abono a la Presidencia, siendo ésta la que mediante Decreto ordenaba el abono de las minutas (folio 177, Informe emitido por el Graduado Social Jefe de Sección de Relaciones Laborales).

5) Que los correspondientes expedientes de abono se remitían a la Consejería de Economía y Hacienda, por ser la única competente por razón de la

materia, siendo ésta a través del Interventor y Tesorero quien aprobaba el gasto y ordenaba su abono (folio 177, Informe emitido por el Graduado Social Jefe de Sección de Relaciones Laborales).

6) Que la Intervención General no ha formulado reparo alguno sobre actos, documentos o expedientes examinados en el periodo 2002 al 2012 (Certificación del Secretario Técnico de la Consejería de Economía y Hacienda, folio 186 del Rollo de Sala). Así como que no existen reparos de ilegalidad por parte de la Intervención en relación con los pagos efectuados al citado Letrado (Informe del Interventor Accidental de Melilla de 9 de marzo de 2015, aportado por el aforado en su declaración).

7) Que en cuanto a la posibilidad de que las actuaciones ante la jurisdicción social fuesen dirigidas por los letrados de los servicios jurídicos de la Ciudad Autónoma, se hace constar que dichos servicios no llevan litigios ante dicha jurisdicción.

El aforado en su declaración indicó que se otorgaron poderes a favor del letrado citado porque los servicios jurídicos no atendían este tipo de reclamaciones laborales sino que atendían principalmente reclamaciones administrativas; lo que también resulta del Informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Melilla, folios 193 a 201, especialmente folio 195.

8) Que en el momento de las demandas presentadas por las cooperativas de trabajo, los graduados sociales solamente podían intervenir en primera instancia pero no en recurso de suplicación ni de casación; por lo que en previsión de que se llegara esas instancias, era conveniente designar un letrado para que se encargará de la correspondiente dirección técnica y, por estrategia procesal, era conveniente que se designará al mismo letrado para todos los casos (Informe del Secretario General de la Ciudad Autónoma de Melilla, folios 187 a 192, especialmente folio 192).

9) Que la designación de abogados externos por la defensa de los intereses de la Ciudad Autónoma de Melilla (antes Ayuntamiento de Melilla) está amparada en el artículo 551.3 de la Ley orgánica del Poder Judicial y es una práctica que se venía desarrollando desde mediados de los años 1970,

entendiendo que la designación de abogados externos se consideró siempre un contrato de arrendamiento de servicios, regulado por normas del derecho civil, y no en consecuencia un contrato administrativo (Informe del Secretario General de la Asamblea de Melilla de 4 de marzo de 2015, aportado por el aforado en su declaración).

Sobre este extremo, el aforado declaró que se produjo una contratación directa, como anteriormente se había hecho con otros muchos abogados en gobiernos anteriores, ya que se trata de un arrendamiento de servicios y que nadie le dijo o advirtió que había que pasar esta contratación por el Consejo de Gobierno. Añade que cuando acudió a la Notaría ya estaba todo redactado y en ese acto otorgó poderes a muchas otras personas, por lo que no era consciente de que eso supusiera la firma de un contrato. En tal sentido, el procedimiento seguido para la firma de escrituras públicas está explicado en el Informe del Secretario General de la Asamblea de Melilla de 5 de marzo de 2015, aportado por el aforado en su declaración.

A preguntas del Ministerio Fiscal, señaló que la contratación de letrados externos no requiere procedimientos al tratarse de una prestación de servicios, lo que requiere es la ratificación del Consejo de Gobierno y así se ha hecho siempre; y que es el Consejero el que nombra al abogado que quiere y el expediente con la propuesta se lleva al Consejo de Gobierno que ratifica ese nombramiento, pero que, en este caso, debido a la urgencia, el Consejo de Gobierno aprobó después el nombramiento, uno seis meses después.

En consecuencia, de la declaración del aforado y de los documentos presentados se deduce que la iniciativa para la designación del letrado no surgió de él, sino de uno de los consejeros de la Ciudad Autónoma; y que existen dudas interpretativas sobre la naturaleza del contrato que unía al letrado con la Ciudad Autónoma y, por tanto, si era necesario o no tramitar el correspondiente procedimiento administrativo de contratación. Mientras que la exposición razonada considera que estamos ante un contrato administrativo, el aforado entiende que nos hallamos ante un contrato de naturaleza civil de arrendamiento de servicios. Precisamente, varios documentos de los aportados a la causa versan

sobre la naturaleza del contrato: Informe emitido por el Interventor Territorial de Melilla y el Interventor Territorial Adjunto de Melilla (folios 94 a 121 del Rollo de Sala), Informe del Secretario General de la Ciudad Autónoma de Melilla (folios 187 a 192), Informe del Secretario General de la Asamblea de Melilla de 9 de marzo de 2015, aportado por el aforado en su declaración.

3. Estos elementos impiden que podamos apreciar la existencia de indicios de un delito de prevaricación. La STS 815/2014, de 24 de noviembre, remitiéndose a otras anteriores, como la STS 331/2003, de 5 de marzo, dispone que no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino que para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este *plus* viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. E incluso esta Sala Casacional se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el *plus* de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

En el presente supuesto no cabe apreciar una contradicción patente y grosera con el Derecho, basada en la omisión palmaria de los trámites procedimentales referidos a un contrato específico; en la medida en que se discute y existen discrepancias interpretativas sobre cuál era la naturaleza del contrato que se suscribió. Esto es, si existen discrepancias sobre cuál era la naturaleza del contrato, también existirán sobre cuáles eran los trámites procedimentales que se debían seguir, lo que impide hablar de una ilegalidad evidente flagrante y clamorosa o de una desviación o torcimiento del derecho, por cuanto era discutido qué normas jurídicas se debían aplicar al citado contrato. No corresponde a esta sala determinar cuál es la naturaleza del contrato y el procedimiento que debió seguirse, ya que no es la jurisdicción competente,

pero sí es factible afirmar que precisamente la disparidad de criterios sobre normas jurídicas y procedimiento aplicable elimina los indicios de una posible prevaricación. Allí donde hay duda sobre el Derecho aplicable no puede entenderse presente una desviación del Derecho que deba considerarse delictiva, porque precisamente falta la base en la que sustentarla.

TERCERO.- Delito de prevaricación: tipo subjetivo.

1. Por otra parte, el delito de prevaricación exige no sólo una resolución de las características descritas sino además un elemento subjetivo, que viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas». Se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Bien entendido que la intención dolosa o el conocimiento de la ilegalidad no cabe deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que necesariamente debe estar apoyada por una prueba evidente que no deje duda alguna sobre este dato anímico. Es, pues, precisa la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

2. A la vista de estos requisitos y de conformidad con las consideraciones realizadas no puede afirmarse tampoco la concurrencia del citado tipo subjetivo por las razones siguientes.

El aforado mantiene, y así se deduce de la documentación obrante en la causa, que la designación de un determinado letrado vino motivada por una situación que se puede calificar de urgente, derivada de la existencia de un gran número de reclamaciones ante la jurisdicción laboral por un relevante importe económico. A lo que se añade que versaban sobre una materia jurídica de las que normalmente no conocían los servicios jurídicos públicos y existía únicamente un graduado social integrado en el organismo correspondiente, que -según el

mismo informa- era previsible que no pudiera hacer frente a ese número de procedimientos en sus distintas instancias. En esa tesitura se optó por la designación de un letrado externo, sin que conste que la iniciativa partiera del aforado (existe en la causa documentación que acredita que la propuesta partió de otro cargo público) y en ejercicio de una práctica que era habitual en la ciudad de Melilla desde hacía décadas.

Esto es, es verosímil deducir que obró en la creencia razonable de que había que dar una solución urgente a un problema puntual, que había surgido a consecuencia del cambio de gobierno y que se carecía de recursos y medios públicos para afrontarlo.

Una vez constatado que el aforado no tiene la iniciativa para designar al letrado concreto, lo que descarta cualquier interés espurio en ella, los hechos posteriores, tal y como se han desarrollado, no indican la presencia de indicios del tipo subjetivo descrito. En primer lugar, porque el acto de otorgar un poder para pleitos en su favor se desarrolla de manera similar al resto de actos de tal carácter, indicando el aforado que no era consciente de que con ello estaba contratando a una persona, sino que se limitaba a rubricar las correspondientes escrituras que le indicaban los servicios jurídicos (por otra parte, lo que podía hacer en ejercicio de las facultades de representación de la Comunidad Autónoma que le confiere la ley).

Además, tampoco el pago de cantidades al citado letrado es expresiva de una ilicitud penal en su inicial contratación, porque estuvo precedido de un control administrativo. En primer lugar, por parte del funcionario-graduado social, que ostentaba la representación de la comunidad ante la jurisdicción social de ordinario, quien recibía las minutas del letrado y se comprobaba si correspondían con procedimientos para los que citado letrado había sido designado (en este sentido, el aforado en su declaración aporta copia de numerosas resoluciones judiciales en las que consta que el letrado actuaba en representación de la ciudad de Melilla). Tras esa comprobación se realizaba la correspondiente propuesta de abono al Presidente. Este emitía el Decreto de abono, pero ello no suponía el pago sin más; sino que, a continuación, debían

operar los correspondientes controles por parte de la Consejería de Economía y Hacienda, siendo ésta a través del Interventor y Tesorero quien aprobaba el gasto y ordenaba su abono. En tal sentido, consta expresamente que la Intervención General no puso reparos a ninguno de estos abonos a favor del letrado.

3. A esta conclusión de ausencia de dolo no empece que exista un auto dictado por esta Sala en fecha 14 de febrero de 2006 (Causa Especial 83/2004, seguida contra el mismo aforado), que se refiere al abono de diversas cantidades durante el curso del año 1.997, a consecuencia de varios decretos de la Presidencia de la Ciudad Autónoma de Melilla, ratificadas por el Consejo de Gobierno, a fin de proveer a la provisión de fondos solicitada por un Letrado en unos procedimientos penales.

Según la Exposición razonada, en el fundamento tercero del citado auto se explica que la Asesoría Jurídica de la Ciudad Autónoma de Melilla, con fecha 13 de marzo de 1.988, emitió un dictamen requerido por el Consejo de Gobierno, en el que los letrados firmantes entendían que en caso de pagar honorarios a letrados externos -en este caso se refería a procesos penales- los mismos debían estar condicionados entre otros requisitos a los siguientes:

1. Acuerdos corporativos adoptados por órganos competentes para promover las acciones penales.
2. Orden de pago acordada por órgano competente.
3. Mandamiento de pago intervenido en legal forma

La Exposición indica que se desprenden indicios relevantes de que el aforado, cuando otorgó el poder notarial a favor del letrado en 2001, conocía de la existencia de tal informe, que aconsejaba cumplir unos requisitos para la designación de letrados externos y que no se cumplieron en el supuesto de autos.

El citado auto de fecha 14 de febrero de 2006 dice, en su fundamento tercero, lo siguiente, sobre la cuestión que nos ocupa:

«TERCERO.- Por lo que se refiere al fondo del asunto, el origen mediato de las presentes actuaciones se refiere al abono de diversas cantidades

durante el curso del año 1.997, a consecuencia de varios decretos de la Presidencia de la Ciudad Autónoma, ratificadas por el Consejo de Gobierno a fin de proveer a la provisión de fondos solicitada por el Letrado P. para su actuación en las D. Previas 438/97 seguidas en el Juzgado de Instrucción número 2 de Melilla y 452/97 seguidas en el Juzgado de Instrucción número 1 de Melilla. Los decretos a través de los cuales se atiende a tales provisiones de fondos son las de las siguientes fechas: 18/6/97 por la cantidad de 500.000 ptas.; 17/6/97 por la cantidad de 800.000 ptas.; 29/12/97 por la cantidad de 600.000 ptas. y 22/1/98 por la cantidad de 500.000 ptas. Por decreto de la Presidencia de 9/2/98 se dejó sin efecto las anteriores designaciones del Letrado realizadas por los decretos mencionados en el punto primero, solicitando al Consejo de Gobierno con fecha 9/3/98 informe de los servicios jurídicos sobre la legalidad de los anteriores acuerdos y la posibilidad de ejercer acciones judiciales frente a los miembros del Consejo de Gobierno como consecuencia de su actuación con relación a la adopción de tales acuerdos.

Por la Asesoría Jurídica de la Ciudad Autónoma de Melilla con fecha 13 de marzo de 1.988 se emite el dictamen requerido por el Consejo de Gobierno, en el cual, tras exponer los antecedentes jurisprudenciales conocidos sobre la cuestión, concluye señalando que ".....En el supuesto que se nos presenta a examen muestra un paralelismo original con el contemplado por la sentencia - se refiere a la sentencia que analiza referente a un supuesto semejante al presente- en el sentido de que igualmente se promueve una acción penal y se abonan los gastos con fondos públicos, pero difiere del supuesto de la sentencia en que en nuestro caso, y según se desprende de los antecedentes examinados existen: 1º) Acuerdos corporativos adoptados por órganos competentes para promover las acciones penales. 2º) Orden de pago acordada por órgano competente. 3º) Mandamiento de pago intervenido en legal forma.

A la vista de ello, los Letrados firmantes ya adelantan su criterio, consecuente con la línea argumental que hemos expuesto y que no es otra que las que nos brindaba la sentencia estudiada, en el sentido de la escasa viabilidad de acciones penales en el sentido que apunta el consejo de Gobierno.

Pero volvamos a la cuestión originalmente planteada y que como indicábamos es la de cubrir el vacío normativo que nos oriente expresamente sobre si el pago de honorarios a Letrados externos, por su intervención en procesos penales debe de correr con cargo a fondo público o no, habida cuenta que la responsabilidad que se ventila en un proceso penal es siempre de carácter personal, como ya indicábamos.

En principio nos inclinaríamos por la admisión de dicha práctica pero con los siguientes condicionados.

1º) En primer lugar que se diesen siempre los requisitos señalados anteriormente y contemplados en la sentencia que hemos analizado.

2º) Que la intervención profesional fuese en defensa o acusación por hechos relacionados con el ejercicio de cargo público.

3º) Que quedase siempre a salvo el derecho de la Administración de repetir contra quien resulte condenado por sentencia firme, el importe de los gastos causados en su defensa, o de la acusación si el resultado del proceso fuese fallido (...).».

Sobre este punto, el aforado indicó en su declaración que le denunciaron porque había hecho pagos a este Letrado, que en ese momento desconocía el informe del año 1998 que establecía las pautas para la contratación de letrados; que el declarante en el momento del otorgamiento del poder desconocía la existencia del informe jurídico del año 1998; que dicho informe se lo dieron sólo al Presidente en ese momento de Melilla; cuando el declarante llegó a la presidencia no tuvo conocimiento del informe, si lo hubiera conocido no hubiera firmado el poder o si hubiera recibido advertencia alguna por parte de los servicios correspondientes. A preguntas de su defensa, manifestó que ese informe se entregó personalmente al entonces Presidente, nadie tuvo constancia del informe, el declarante en esa época no era el Presidente y que el informe se refiere a la contratación de otro abogado, que se realizó tres presidentes anteriores al declarante, y hace referencia a dicho documento como un contrato civil y de arrendamiento de servicios.

Sin olvidar que el citado informe se emite en relación con un supuesto concreto, que no es idéntico al que ahora nos ocupa, el aforado presenta en el momento de su declaración copia del mismo y de la contestación individual que a él dio el entonces Presidente de la Ciudad Autónoma, fechada el 7 de abril de 1998. Además, aporta Informe del Secretario General de la Asamblea de 9 de marzo de 2015, en el que se indica que fue dirigido al entonces Presidente y que no consta que del mismo se diera conocimiento a otros miembros del Consejo de Gobierno. Estos documentos hacen plausible la justificación que sobre su desconocimiento se aportó en la declaración, por lo que decae este posible indicio sobre la existencia del tipo subjetivo.

4. Sin perjuicio de que esta sea la conclusión, ello no significa que se afirme y concluya en esta resolución que la actuación del aforado sea correcta desde el punto de vista administrativo o que se dé por buena una de las interpretaciones contractuales discutidas en el presente supuesto, sino que se entiende que su actuar no es delictivo.

En definitiva, el tipo subjetivo exige la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido, pues lo demás sería invadir el campo del control judicial de los actos administrativos, que a nosotros no nos corresponde, y dado que no puede apreciarse tal claridad o evidencia en la conducta del aforado no puede considerarse que se haya cometido un delito de prevaricación.

CUARTO.- Sobreseimiento y archivo.

Por todo lo dicho, una vez practicadas sin demora las diligencias pertinentes, se considera que los hechos por los que se sigue la presente causa no son constitutivos de infracción penal, por lo que procede el sobreseimiento libre y archivo de la misma.

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: 1) El **SOBRESEIMIENTO LIBRE** por no ser los hechos constitutivos de infracción penal. 2) El **ARCHIVO** de las actuaciones.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor, de lo que como Secretario, certifico.