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

Diligencias Previas núm. 01/2009

(Derivadas del Rollo 45/2008)

Magistrado Instructor

Ilmo. Sr. D. Juan Montero Aroca

A U T O NÚM. 7/2009

En Valencia, a diecinueve de febrero de dos mil nueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- A finales del mes de julio de 2002 los dirigentes de la entidad Mercalicante, S. A. fueron conscientes de que algo anómalo estaba pasando en la entidad y procedieron tanto a solicitar una auditoria de gestión, que se encomendó a PriceWaterhauseCoopers, como a despedir al gerente, Sr. Clavero Labad. Todo esto originó las consiguientes noticias de prensa.

Con fotocopias de páginas de periódico de las noticias anteriores, las cuales estaban más o menos ajustadas a la realidad, como siempre sucede, el Sr. Valdés Fernández, el 6 de septiembre de 2002, se dirigió al Fiscal Jefe de Alicante con un escrito con el que ponía en su conocimiento esas noticias. El Fiscal Jefe, el día 9 de septiembre pide información "al gerente de Mercasa", y el presidente del Consejo de Mercalicante, Sr. Díaz Alperi, le contesta el día 13 que le remitirá el resultado de la auditoria. Y efectivamente así lo hace el día 26 de septiembre.

Con esta documentación, incluida la auditoria, el Fiscal Jefe el día 1 de octubre de 2002 dicta un decreto en el que incoa diligencias de investigación penal y las remite sin más al Juzgado Decano de los de Alicante. Sin denuncia ni querella, aunque si indica que puede tratarse del delito de apropiación indebida o de malversación de causales públicos, y pide que se tome declaración al imputado Sr.

Clavero Labad. Por auto del mismo 1 de octubre de 2002 el Juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Alicante incoa Diligencias Previas.

El día 7 de octubre se formuló querella por Mercalicante contra el Sr. Clavero y otras cuatro personas, administradores de diversas entidades, el 22 se persona el Ayuntamiento de Alicante y el 5 de noviembre Mercasa, todos ellos como acusadores particulares. Se admitió además la querella del Sr. Valdés Fernández, como acusación popular, dirigida sólo contra el Sr. Clavero, y los que pudieran aparecer como responsables.

A partir de aquí se inicia una investigación de largo alcance contra el Sr. Clavero y otras personas, dirigentes de empresas relacionadas con Mercalicante, investigación que ha durado durante los años 2002 (desde octubre), 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007; en el curso de la misma se han formulado ampliaciones de las querellas iniciales contra otras personas por las acusaciones particulares, ampliaciones admitidas por el Juzgado. Pero, sobre todo, se han realizado todo tipo de actos de investigación, se ha tomado declaración varias veces al Sr. Clavero, y algunas de días de duración, y también a otras muchas personas. Se han realizado varias auditorias, desde la primera de PriceWaterhauseCoopers en 2002 hasta la última del Sr. Boronat (en la que el Juzgado ha empleado más de un año), ya en octubre de 2008, pero temporalmente entre ellas puede hacerse mención del informe del Sr. Marco Granell, del informe sobre inversiones del Sr. Marco Camacho, del informe de Deloitte and Touche, de varios informes de la Policía, Grupo de Delincuencia Económica. Se ha recogido toda la documentación obrante en poder del Sr. Clavero, para lo que llegó a hacer una entrada y registro, se dispone de todos los “papeles” de contabilidad de Mercalicante, de todas las actas del Consejo de Administración y de la Comisión Ejecutiva. Se dispone, también, de las sentencias sobre el juicio de despido (Juzgado de lo Social y Sala de Valencia) del Sr. Clavero y de la sentencia del Tribunal de Cuentas de 13 de septiembre de 2005, en la que se declara la existencia de un alcance en los fondos de Mercalicante por importe de 658.138 euros, se declara responsable al Sr. Clavero Labad y se le condena al reintegro. Y todo ello aparte de todos los estados de cuentas de todos los bancos con los que se relacionó Mercalicante, con los listados, de los cheques que se pagaron, de los contratos de préstamos que se hicieron, hasta de las fichas de firmas. De todos los contratos que hizo Mercalicante con las empresas con las que se relacionó.

Al final de estos años se cuenta con 10866 folios en las Diligencias Previas y con seis (no cuatro) cajas de documentación y una maleta.

Segundo.- Ya en el mes de febrero de 2003 se formula querella por el Partido Socialista Obrero Español para constituirse como acusación popular. En esa querella los querellados son, primero, el Sr. Clavero Labad, pero seguidamente, no los administradores de otras empresas a los que antes nos hemos referido como querellados por las acusaciones particulares, sino los miembros de la Comisión Ejecutiva de Mercalicante; la querella no se dirige contra los integrantes del Consejo de Administración, en el que figuran miembros de varios partidos políticos, incluido el PSOE, sino sólo contra los integrantes de esa Comisión, al frente de la cual estaba su presidente que era, al mismo tiempo, el Alcalde de la ciudad de Alicante: Sr. Díaz Alperi. La querella afirma muchos detalles fácticos, pero posiblemente el más destacado sea el relativo a que "la actuación supuestamente delictiva de los querellados reside en la distracción de 6 millones de euros" y alude al final a los delitos de apropiación indebida y/o societario.

Sobre la anterior querella se dice por el Juzgado en el auto de 7 de marzo de 2003 que se admite parcialmente, aunque en realidad lo que se está disponiendo es que la admisión depende de dos circunstancias: 1) de la constitución de la fianza de 6.000 euros, y 2) de que las dos acusaciones populares actúen con una misma postulación procesal.

Por escrito de 20 de marzo de 2003 la representación procesal de Mercalicante se opone a la admisión de la querella e interpone reforma contra el auto de 7 de marzo anterior y lo mismo hace el Ayuntamiento de Alicante, en escrito de la misma fecha. Se adhiere a los recursos Mercasa, y también lo hace el Ministerio fiscal en el trámite de audiencia de esos recursos.

Por fin, ya en el mes de octubre de 2003, el día 28, se desestiman los recursos de reforma, es decir, medio año después del plazo legal se decide sobre la reforma. Contra el Auto anterior se interpone apelación por Mercalicante, por el Ayuntamiento de Alicante y por Mercasa, recurso que es desestimado en Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de 1 de septiembre de 2004.

Pero mientras sucede lo anterior el Juzgado de Instrucción ha dictado el Auto de 9 de marzo de 2004 en el que acuerda archivar la querella del PSOE al no haberse producido –se afirma- la segunda las circunstancias dichas ("absoluta falta de actividad" es la expresión que se emplea), aparte de adjudicar al Tesoro los 6.000 euros, y contra el mismo interponen recurso de apelación el Sr. Valdés Fernández y el PSOE. Por providencia de 1º de abril de 2004 el Juzgado admite a trámite el recurso de apelación interpuesto "en nombre y representación de José Luis Valdés" (sin mención del PSOE). Al recurso formularon oposición Mercalicante (con

mención expresa de que el recurso es del Sr. Valdés), el Ayuntamiento de Alicante y Mercasa; y también el Ministerio Fiscal.

Por Auto de 21 de febrero de 2005 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante decide estimar el recurso formulado por el Sr. Valdés y por el PSOE y se ordena admitir la querella presentada por este último, a quien se le tendrá por parte ejercitando la acción popular.

Tercero.- Mientras sucedía todo lo anterior fue el caso que los miembros de la Comisión Ejecutiva de Mercalicante, S. A, quisieron personarse en las actuaciones, por cuanto el PSOE había formulado contra ellos querella. Sin embargo:

a) El 22 de noviembre de 2003 tres de los miembros de la Comisión, empezando por el Sr. Díaz Alperi presentan escrito ante el Juzgado en el que piden ser tenidos por personados y parte y que el Juzgado acuerde la nulidad de actuaciones, su sobreseimiento libre y, en su caso, la admisión de unas diligencias de prueba.

b) Por su parte otros dos miembros de la Comisión, por escrito de 9 de febrero de 2004, solicitan también ser tenidos por personados y la nulidad de actuaciones.

Hubieron de pasar los meses hasta que por Auto de 10 de marzo de 2004 el Juzgado decidiera no tener por parte en el procedimiento ni a los tres primeros personados ni a los dos posteriores. En ese Auto se dice que no se les tiene por personados porque por auto del día anterior se ha archivado la querella del PSOE, pero se añade: “Habida cuenta además que del estado de la instrucción no se deducen motivos para llamarlos a declarar ahora bajo esa condición” (la de imputados).

Ya en este orden de cosas seguidamente:

1) La representación procesal de los Sres. Díaz Alperi y otros dos presenta un escrito acompañando un documento: el acta de liquidación provisional del Tribunal de Cuentas, y el Juez lo inadmite, en providencia de 2 de abril de 2004, por no estar personados y con devolución del documento. Presentada reforma y subsidiaria apelación contra la providencia anterior se inadmite por lo mismo.

2) La representación procesal de los otros dos miembros de la Comisión formulan recurso de apelación contra el auto de 10 de marzo de 2004 y de la misma manera por otra providencia de 2 de abril de 2004 se les inadmite por no ser parte en el procedimiento. En este supuesto se formuló después queja por la inadmisión de la apelación y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante, por auto de 16 de junio de 2004, la desestimó. En este Auto se vuelve citar aquellas frases de:

“Habida cuenta además que del estado de la instrucción no se deducen motivos para llamarlos a declarar ahora bajo esa condición”.

Al admitirse la querella del PSOE, como hemos visto antes, ya se admite la personación de los miembros de la Comisión Ejecutiva y el Juzgado cita al Sr. Díaz Alperi para declarar como imputado el 6 de marzo de 2005. De la misma manera a los otros miembros de la Comisión Ejecutiva.

A partir de ahí por escrito de 15 de abril de 2005 se persona el Sr. Díaz Alperi y otros dos, y por providencia del 18 se les tiene por personados. El mismo día 18 la representación procesal del Sr. Díaz Alperi y los otros dos miembros de la Comisión Ejecutiva presenta escrito en el que, aparte de volver a impugnar la querella del PSOE, se pide expresamente el sobreseimiento. Esta petición no fue contestada –en realidad ni se menciona- por el Juzgado en la providencia de 19 de abril, en la que sí se desestimó la petición de recurso contra la admisión de la querella. Se presentó escrito de aclaración y el Juzgado contestó que no hay aclaración de las providencias, la que sólo cabe de autos y sentencias.

Y mientras tanto las Diligencias seguían su curso y se tomaba declaración a los cinco querellados por el PSOE (el Sr. Díaz Alperi declaró el 3 de mayo de 2005), pero además se seguían los actos de investigación del caso. Baste decir que la providencia declarando que no cabe aclaración es el folio 5814 y que vamos a saltar al folio 9993.

Cuarto.- Así estaban las cosas cuando el día 15 de junio de 2007 (folio 9993) la titular del Juzgado dicta providencia en la que, atendido que el Sr. Díaz Alperi es diputado en las Cortes Valencianas, acuerda pedir la certificación correspondiente y sigue practicando diligencias. La certificación de 2 de julio de 2007, emitida por la Secretaría de las Cortes Valencianas, acredita que el Sr. Díaz Alperi efectivamente es diputado en la actual Legislatura y esa certificación figura en las actuaciones como folio 10406. Se acusa recibo en la providencia de 3 de agosto de 2007, en la que se acuerda oír al Ministerio fiscal para que informe sobre la competencia, providencia que se notifica a éste el 8 de agosto (folio 10407).

El fiscal no informa sobre la competencia inmediatamente. Antes al contrario, lo que hace es presentar un escrito el 27 de septiembre de 2007 en el que formula recurso de reforma y subsidiario de apelación contra el auto de 14 de junio de 2007 en el que el Juzgado le había admitido diversos medios de prueba, pero no uno; de la competencia no hay mención. A pesar de todo de este escrito se da traslado a las demás partes personadas, por providencia de 8 de octubre. Y sobre ése escrito alegan las partes de modos diversos, algunos de los cuales sí aluden a la decisión

que debe tomar el Juzgado sobre la competencia. No sobra destacar que el imputado Sr. Clavero había presentado un escrito proponiendo actos de investigación el día 15 de junio de 2007 y que por providencia de 3 de agosto el Juzgado acordó esperar a lo que se decidiera sobre la competencia. El trato desigual a las partes es evidente.

El 29 de octubre de 2007 se presenta escrito por la representación procesal del Sr. Díaz Alperi y otros en el que se vuelve a pedir que se acuerde el sobreseimiento libre y parcial, sin perjuicio de lo que se acuerde sobre la competencia, dada la condición de diputado del primero. Por providencia de 13 de noviembre se da traslado a las otras partes y hay después escritos en los variados sentidos que es de esperar a estas alturas. Incluso hay uno del Fiscal de 5 de diciembre de 2007 en el que se opone al sobreseimiento pero se guarda silencio sobre la competencia. Aquél escrito no tiene respuesta del Juzgado.

Y así quedaron las cosas durante casi un año. El 7 de diciembre de 2007 se ordena abrir el tomo 43 de las Diligencias y hay que esperar al 28 de octubre de 2008 para que se presente otro escrito.

Quinto.- Como decimos el 28 de octubre de 2008 la representación procesal del Sr. Díaz Alperi y de otros presenta escrito en el que recuerda que está esperando desde hace un año que se de respuesta judicial a su escrito de 26 (en realidad 29) de octubre de 2007 e insiste en la alternativa: sobreseimiento o decisión sobre la competencia. El Juzgado se limita a dar traslado a las demás partes, las cuales en repetidos escritos vuelven a reiterar lo dicho varias veces.

La novedad radica en que el Ministerio Fiscal, al que se le había dado audiencia por el Juzgado, por providencia de 3 de agosto de 2007, notificada el día 8 de los mismos, para que informara sobre la competencia de la Sala del Tribunal Superior o del Juzgado, por fin el 15 de noviembre de 2008 (según la fecha de la antefirma, pues no tiene registro de entrada), es decir, más de quince meses después, presenta escrito en el que insta, no al Juzgado, sino a la Sala del Tribunal Superior de Justicia que “acepte la competencia de la causa”.

En necesario dejar aquí constancia de la sucesión de hechos. Y debe hacerse cronológicamente:

1.º) El 10 de noviembre de 2008 el Juzgado dicta dos Autos. 1) Por uno de ellos acuerda elevar Exposición razonada a la Sala de lo Civil y Penal expresando los motivos por los que la titular del Juzgado estima que la competencia corresponde a la Sala, y de hecho con esa fecha firma, aunque no remite, la Exposición razonada, y 2) Por otro Auto decide que no es ya el momento de decidir las cuestiones

pendientes, y entre ellas sobre todo las peticiones de sobreseimiento libre y parcial que se le han hecho de modo reiterado desde 2005 por varias partes, tanto imputadas como acusadoras particulares. Ademada deja también sin resolver dos peticiones de medios de investigación que tenía pendientes (una del imputado Sr. Clavero y otra del fiscal).

2.º) El 15 de noviembre de 2008 (si se está a la fecha del escrito que no tiene registro de entrada) el fiscal presenta su informe sobre la competencia; un escrito de 93 folios al que tendremos ocasión de referirnos después en su contenido.

3.º) El día 20 de noviembre de 2008 se notifican al Fiscal los dos Autos del día 10.

Hasta la elevación a la Sala de la Exposición razonada, lo que se hace el 16 de diciembre de 2008, consta todavía alguna actuación como la petición de aclaración de la representación procesal del Sr. Díaz Alperi y otros, que es desestimada por Auto de 24 de noviembre.

De esta relación cronológica se desprende ya, sin más, que el Juzgado decidió sobre la competencia sin haber oído al Ministerio fiscal, pero que lo hizo cuando éste había guardado silencio por más de quince meses.

Sexto.- La Exposición razonada, con todas las Diligencias Previas, fueron recibidas en la Sala el 18 de diciembre de 2008 y después de oír a todas las partes personadas, la Sala dictó el Auto de 12 de febrero de 2008 en el que asumió la competencia y procedió a nombrar Instructor al Magistrado que suscribe, al que se han pasado las actuaciones para que adopte las decisiones propias de la instrucción con libertad de criterio.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- Los procesos penales constan de dos fases bien definidas; una primera que se llama instrucción (sumario o diligencias previas legalmente; y doctrinalmente procedimiento preliminar) y otra segunda a la que se llama juicio simplemente y también juicio oral.

La primera de esas fases consiste fundamentalmente en la realización de todos aquellos de averiguación que deben llevar a tomar conocimiento de qué hechos se han realizado, de las circunstancias de los mismos y de las personas que han intervenido en ellos. Para esa averiguación el Juzgado de Instrucción dispone de todos los medios que el Estado puede proporcionar, y estos son muchos, pero la fase cuenta como es lógico con límites jurídicos evidentes. Esos límites son los derechos de las personas, derechos de rango fundamental que están por encima de

cualesquiera consideraciones prácticas, las cuales suelen ser meras excusas para no respetar esos derechos.

Uno de esos derechos es el que el artículo 24.2 de la Constitución llama derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. La expresión puede llamar a equívoco pues de ella pudiera llegar a entenderse de modo literal que hay dilaciones (esto es, demoras, tardanzas) que son debidas (como sinónimo de lícitas), mientras que hay otras que son indebidas (es decir, ilícitas o injustas). Con todo, salvando el posible equívoco, debe ya decirse de modo claro que en la presente instrucción han existido dilaciones indebidas, que tendrán su repercusión, si así es del caso, en su momento.

En las normas internacionales de derechos humanos suele hablarse, posiblemente de modo más correcto, de derecho a la decisión judicial en el proceso "dentro de un plazo razonable", caso por ejemplo del artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Este derecho al referirse a lo razonable no establece un tiempo determinado para cada proceso, ni para cada fase del mismo, pero si una referencia clara por ejemplo a que nadie "puede permanecer demasiado tiempo bajo la incertidumbre de su suerte" (STEDH de 4 de agosto de 2005).

Lo razonable se ha medido en muchas ocasiones con referencia a la complejidad del asunto, admitiendo que no puede ser lo mismo una causa sencilla con un solo imputado que otra con muchos delitos y muchos imputados, pero en cualquier caso en el presente asunto no debe olvidarse que:

1) Aun siendo un asunto no sencillo no cabe considerarlo tan complejo como para que estemos ya por encima de los seis años en su tramitación; desde el mes de octubre de 2002 hasta este mes de febrero de 2009 han pasado más de seis años y todavía no se ha terminado la instrucción y ni siquiera debería terminarse, por lo menos en el parecer de las acusaciones populares y del fiscal.

2) Puede afirmarse que en general no hay asunto alguno, sea cual fuere su pretendida complejidad, que permita una instrucción inacaba de más de seis años, sobre todo cuando se advierte que todos los imputados han estado a disposición del Juzgado en todo momento (no ha habido rebeldías) y que se han podido hacer todos los actos de investigación sin obstáculo alguno.

Lo anterior supone otra conclusión. En la presente instrucción se ha vulnerado ya el derecho de todos los implicados en la misma, tanto de los imputados como de los acusadores, a la obtención de una decisión judicial dentro del proceso en un plazo razonable. Y hecha esta afirmación habrá de estarse a ponerle remedio a la

dicha vulneración, por lo menos a los efectos de no agravar el grado de la vulneración del derecho.

Segundo.- La vulneración aumentaría, sin duda y además de modo inútil, si se actuara como se pretende por las acusaciones populares y, especialmente, por el Ministerio fiscal, para los cuales estamos todavía ante una instrucción inacabada, que necesita ser completada, de tal manera que ni siquiera se puede adelantar la calificación jurídica final de los hechos, de modo que no debe descartarse en la fase actual del procedimiento otras tipicidades. Sin perjuicio de lo diremos después sobre esas calificaciones, debe recordarse:

1) En general que el artículo 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pareciera que pretendiera que el sumario se terminara en un mes, lo que hoy ni siquiera se recuerda ya o cuando se menciona es para decir que la norma está obsoleta.

2) También en general que el artículo 779.1 habla de "practicadas sin demora las diligencias pertinentes", con lo que alude al tiempo ("sin demora") y a las actividades a realizar ("diligencias pertinentes").

3) Asimismo en general que en muchos ordenamientos de países próximos al nuestro se establece legalmente un plazo máximo de duración de la instrucción siendo el *dies a quo* aquél en que se imputa a una persona determinada. Ese plazo nunca se aproxima a los seis años, siendo no mayor de dos años (y los profesionales de la justicia entienden que es plazo exagerado). Si el fiscal no ha formulado acusación formal en ese plazo las actuaciones simplemente se archivan con sobreseimiento.

4) Sobre todo en especial, no puede decirse, por lo menos si se pretende tener un mínimo de coherencia en las actuaciones, que es preciso seguir hasta no se sabe dónde con la instrucción, y se dice eso después de haber permanecido la instrucción paralizada, sin realizar en ella acto alguno de investigación durante meses, bien porque la titular del Jugado no las ha acordado, bien porque las partes acusadoras, incluido el fiscal, no las ha pedido. Especialmente el fiscal, que ha permanecido durante meses y meses inactivo, sin ni siquiera pronunciarse sobre la competencia del Juzgado de Alicante o de la Sala de este Tribunal Superior de Justicia, no puede ahora sostener, por lo menos con coherencia, que estamos ante una instrucción inacabada o a falta de ser completada.

La experiencia enseña que cuando después de seis años de instrucción las partes, incluido el fiscal, se muestran insatisfechas con lo obtenido y sostienen que la instrucción está inacabada, es porque el resultado al que se ha llegado de todos esos años de trabajo no les satisface. No se trata ya de seguir buscando qué hechos

han ocurrido y qué personas han intervenido en ellos, sino de lograr encontrar, en la multiplicación de actos de investigación, uno o más hechos que se acomoden a su manera de ver la situación, que se conformen con sus hipótesis o con sus deseos. La insatisfacción no es objetiva; es subjetiva.

Tercero.- Con lo anterior se trata de llegar a la conclusión de que la instrucción, por lo menos en el parecer de este Magistrado instructor, está completa y que debe estarse a lo que dispone el artículo 779 de la ley procesal penal, lo que debe hacerse en primer lugar respecto del imputado de parte Sr. Díaz Alperi, el único aforado ante este Tribunal, pues si respecto del mismo hubiera de dictarse auto de sobreseimiento, pudiera ser que este Tribunal perdiera la competencia para seguir conociendo de la causa, aunque esta segunda decisión corresponderá, en su caso, a la Sala.

Con relación, pues, a la persona aforada, y sin perjuicio de lo que proceda sobre los otros imputados de parte y de las decisiones que el Juzgado de Instrucción de Alicante ha dejado pendientes, debe tenerse en cuenta que:

a) En la Exposición razonada se habla de apropiación indebida, de malversación de caudales públicos, de estafa, de delito societario y de otros que se imputan al Sr. Clavero Labad, pero luego cuando se trata del diputado Sr. Díaz Alperi se concreta más y se atiende de modo directo al artículo 295 del Código Penal. Por la titular del Juzgado de Alicante se está, no al informe del fiscal de 16 de noviembre de 2008, que no llegó a conocer para realizar la Exposición razonada, pero sí a un escrito anterior de 5 de diciembre de 2007, con su "sin descartar un delito de malversación de causales públicos". Al final de todo lo que se acaba diciendo en la Exposición por la Sra. Magistrada titular del Juzgado núm. 1 es que "a la vista de lo actuado no cabe descartar la presunta responsabilidad penal del citado (el Sr. Díaz Alperi) en los mismos, todo ello de forma indiciaria, lo que impide un archivo respecto del aforado de la causa en el momento presente". Todo ello, insistimos, se relaciona con la posición del fiscal ya expresada en diciembre de 2007.

b) Si por nuestra parte acudimos tanto a ese informe de noviembre de 2008, como al de enero de 2009, el presentado ante esta Sala, nos encontramos con que no hay una verdadera imputación referida al delito de malversación de caudales públicos, pues lo que se dice en los informes es que "la calificación efectuada de los hechos descritos no debe descartar ulteriores tipicidades, como la de malversación de caudales públicos de los arts. 432 y 433 del Código Penal".

Con lo anterior basta para concluir que la decisión a adoptar ahora tiene que partir de que no puede atenderse a hechos que actualmente se dice que no se imputan al

Sr. Sr. Díaz Alperi, sino de los que se sostiene que su relevancia jurídica no se descarta para el futuro, pero que en la actualidad esa relevancia no se toma en consideración. De este modo queda claro que no existe imputación del supuesto delito de malversación de caudales públicos (ni del de apropiación indebida) contra el Sr. Díaz Alperi. Ni siquiera para el fiscal existe hecho alguno que pueda tomarse en consideración para afirma la hipotética existencia de un delito de malversación de caudales públicos o de apropiación indebida.

Cuarto.- En los informes del fiscal (y con la aquiescencia en parte de la Exposición razonada), la relevancia jurídica de los hechos que se dice se imputan al Dr. Díaz Alperi se centra en la posible existencia de un delito societario del artículo 295 del Código Penal, pero no en tanto que autor principal o en sentido estricto, el del artículo 28 en su párrafo I, sino atendido a los modos de ser autor del artículo 28, párrafo II, es decir, a la inducción o a la cooperación necesaria. Literalmente: "cabe desprender la presunta comisión por el aforado de un delito societario del art. 295, por inducción (art. 28-a), o por cooperación necesaria (art. 28-b), todos del Código Penal". Expliquemos esto en palabras sencillas y comprensibles.

Según el artículo 28 del Código Penal debe distinguirse entre:

a) Son autores de un delito quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. Pues bien, el fiscal no imputa al Sr. Díaz Alperi ser autor de un delito societario en este sentido de esta norma, por lo que podemos dejarla de lado y no referirnos más a ella.

b) En el párrafo II de ese artículo 28 se sigue diciendo que también son considerados como autores tanto los inductores como los cooperadores necesarios. Aquí hace falta algún detalle:

1.º) La inducción supone que una persona (el inductor) hace nacer en otra persona (el inducido) la idea de cometer un delito, idea que no tenía ésta segunda persona. El inductor no realiza los hechos propios del delito, pero es el que lleva al ánimo de quien realiza esos hechos el propósito de realizarlos, propósito que el inducido no tenía antes de la inducción. Esta no cabe que se realice por omisión (es decir por no hacer) ni tampoco por imprudencia. Requiere, por tanto, una hacer positivo y doloso.

2.º) La cooperación necesaria no ha sido tradicionalmente tan clara pero en la actualidad viene a significar que el cooperador proporciona al autor (digamos principal) una ayuda operativamente insustituible que, además, comporta que aquél podría abortar la ejecución del delito. De otro modo podría decirse que la cooperación necesaria exige colaborar con el autor directo aportando una conducta

sin la cual el delito no se habría cometido y ello hasta el extremo de que si el colaborar necesario en un momento determinado de la ejecución retirara su concurso el delito no se habría cometido.

Quinto.- Unas veces examinadas las maneras de autoría que estima existentes el fiscal debemos atender al delito societario del artículo 295 pues la imputación se refiere al mismo. Lo que el fiscal dice es que el Sr. Díaz Alperi es autor de un delito societario bien por inducción, bien por cooperación necesaria. De ese delito pueden ser autores, según dispone la norma, los administradores o los socios de cualquier sociedad que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones de su cargo realizan una de estas dos actividades:

1.º) Disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad. Al referirse a disponer la norma crea un problema para distinguir el mismo de los delitos de apropiación indebida del artículo 252 (que se refiere a los que se apropiaren o distrajeren dinero y demás bienes) y de la malversación del artículo 432 (la autoridad o funcionario que sustrajere o consintiere que otro sustraiga).

2.º) Contraer obligaciones a cargo de la sociedad que causen un perjuicio económico evaluable.

Añadamos que la comisión de este delito societario sólo puede ser dolosa, es decir, sólo se comete cuando concurre conciencia y voluntad de realizar los hechos que están tipificados como delito, no pudiendo cometerse por imprudencia, es decir, no existe delito cuando se han realizado de modo imprudente los hechos tipificados como delito. En el Código Penal existe delito por imprudencia sólo en los casos en que dicha modalidad está expresamente prevista (como dice el art. 12) y tal cosa no ocurre en el delito societario

Además con el artículo 295 no se castiga la mala gestión, ni la incompetencia, ni el tener pérdidas en la sociedad, ni el que se tenga que declarar en concurso; se castigan unas conductas determinadas a las que debe estarse. No se tipifica ni el desorden en las actas, ni con referencia a terceros que el gerente realice actos por encima de las atribuciones que se contienen en los poderes, ni el que una obra cueste más de lo presupuestado (sin otro añadido), ni el contratar obras sin pública licitación.

Resta por decir algo obvio, si el delito societario, en tanto que autor del párrafo I del artículo 28, sólo se comete con dolo, no con imprudencia, no podrá sostenerse que el cooperador necesario puede ser autor por imprudencia. No es preciso insistir demasiado para llegar a esta conclusión evidente. Si el autor principal del delito societario tiene que ser una persona que actúe dolosamente, el Sr. Díaz Alperi sólo

podrá ser cooperador necesario si actúa también dolosamente, no si actuaba imprudentemente.

Sexto.- Si acudimos ahora a los hechos que, desde luego no con el carácter propio de una instrucción en marcha y no terminada, se afirman en los informes del Ministerio fiscal, y en parte se recogen en la Exposición razonada, comprobamos que:

a) Ni en momento ni en lugar alguno se alude a la existencia de un hecho propio de la inducción, esto es, de que el Sr. Díaz Alperi hubiera dolosa y activamente realizado actos que hubieran determinado la conducta del Sr. Clavero (ni de otras cualesquiera personas). No se indica ni un solo acto que pueda calificarse de inducción. En la Exposición se acaba aludiendo a que "no cabe descartar la presunta responsabilidad penal del citado en los mismos", no a que se imputen hechos concretos que lleven a concluir una inducción.

En los informes del Ministerio fiscal se destacan actos realizados en Mercalicante, pero de todos los que se describen ninguno atiende a lo que es la inducción, por lo que las referencias iniciales y generales a la misma carecen luego de concreción en actos.

b) Respecto de la cooperación necesaria, y debe entenderse en el delito societario del artículo 295 del CP, debemos atender a supuestos diversos:

1.º) En aquellos casos en los que se dice que *indiciariamente* se desprende por ejemplo el conocimiento por la Comisión Ejecutiva de Mercalicante de ciertos hechos y también en los que se indica que debe *presumirse* cualquier otra circunstancia, no cabe desde luego que concurren los requisitos para que se entienda posible la existencia del tipo. Ésta debe responder a la concurrencia de hechos que puedan considerarse existentes, no a meras conjeturas, apreciaciones, intuiciones o conclusiones subjetivas.

2.º) Desde luego tampoco cabe decir que si se confirma un hecho, en la continuación de la instrucción, se estará ante una cooperación necesaria, pues entonces lo que se está afirmando realmente es que ese hecho actualmente no existe.

3.º) Existe, por fin, toda, una serie de hechos que se describen en la Exposición y en los informes respecto de los que no cabe atender a la cooperación necesaria en un delito societario de los del artículo 295 del Código Penal; son estos los casos de cuando se habla de que contrataron unas obras, de que no hubo licitación pública, de que se concertaron unos préstamos, de que se abrió una cuenta corriente a nombre de Mercalicante en la que como primer representante figura el Sr. Díaz

Alperi, pero sin firmar éste la hoja de firmas, etc. También aquí hay que estar al momento presente.

4.º) No faltan situaciones en las que se hacen afirmaciones fácticas que no se corresponden exactamente con fuentes de prueba, lo que sucede cuando por un lado se dice que no hay acuerdos de la Comisión Ejecutiva, que el tema no se discutió en la misma y, por otro, se afirma que esa Comisión tuvo conocimiento.

c) Por último se advierte en los escritos del Ministerio Fiscal que, además de referir su imputación de manera expresa a dos únicos supuestos de participación, uno a título de inducción y otro de cooperación, parece aludir en el texto de su dictamen a otro supuesto de participación a título de autoría mediata cuando viene a sostener, de un modo u otro, que el Gerente no hizo otra cosa que ejecutar los actos tendentes a la realización de algo que obedecía a un propósito común de todos los miembros de la Comisión Ejecutiva. Respecto de esta consideración debe tenerse en cuenta que: 1) Una cosa es una conclusión lógica que se deriva de la relación de hechos existentes que se ha efectuado anteriormente, y 2) Otra cosa es una mera conjetura o hipótesis que requeriría posterior actividad investigadora para concretar su relación con hechos aún no descubiertos, hipótesis que carece de utilidad cuando han pasado seis años. Pues bien, en algún extremo lo segundo es lo que pudiera sostener el fiscal, especialmente cuando se refiere a que la instrucción no se ha completado.

A estas alturas de la investigación no existe ni siquiera un elemento desde el que poder llegar a la conclusión de que todos los integrantes de la Comisión Ejecutiva (pero ninguno del Consejo de Administración) estaban “conjurados” para poder realizar conjunta y dolosamente actos que puedan incluirse en la noción de cooperación necesaria en el delito societario.

Séptimo.- Después de un minucioso y reposado estudio de todo lo actuado este Magistrado Instructor concluye que se está en el caso de decretar el sobreseimiento libre y parcial respecto del Sr. Díaz Alperi.

Desde luego ese sobreseimiento no puede ser el provisional, el del artículo 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no concurren los supuestos del mismo; no se trata ahora de decir que, existiendo delito no se ha justificado la perpetración del mismo, ni de que no existan motivos suficientes para sostener la acusación, pues estas dos causas responden a la insuficiencia actual y a la posibilidad de que en el futuro se conozcan mejor las circunstancias. Después de seis años de instrucción se han conocido todas las circunstancias propias de los hechos. No cabe ahora decir que todo queda a un incierto futuro en el que se podrá hacer una instrucción más detallada y con nuevos actos de investigación. Esta conclusión carecería de rigor lógico, aparte de no tener base jurídica.

Debe estarse, por consiguiente, al sobreseimiento libre, el del artículo 637 de la misma Ley y, más concretamente, a su causa 2.ª, pues los hechos que se han

imputado por las acusaciones populares y por el fiscal al Sr. Díaz Alperi no son constitutivos de delito.

Dicho lo anterior la consecuencia es que este Magistrado Instructor no puede seguir más con referencia a otras personas. Es consciente de que las circunstancias de las otras personas miembros de la Comisión Ejecutiva no deben ser sustancialmente distintas de las del Sr. Díaz Alperi, pero si respecto del aforado se decreta el sobreseimiento libre debe la Sala, y no el Instructor, decidir sobre si sigue asumiendo la competencia.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Se decreta el sobreseimiento libre y parcial en el procedimiento, sobreseimiento referido únicamente a Don Luis Bernardo Díaz Alperi, por no ser los hechos constitutivos de delito.

Firme que sea esta resolución elévense las actuaciones a la Sala para que decida sobre la competencia de la misma.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, incluido el fiscal, haciéndoles saber que contra la misma cabe, de conformidad con el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recurso de apelación en el plazo de cinco días ante la Sala, si bien esa apelación puede estar potestativamente precedida de la reforma (en tres días).

Una vez firme el presente auto, del que se llevara certificación a las Diligencias Previas para acreditar en él su cumplimiento, archívense las actuaciones.

Así por éste Auto lo dispongo, mando y firmo.

Ante mi.