

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

NIG N° 46250-31-1-2010-0000063

Rollo Penal n° 000047/2010

Diligencias Previas n° 3/2010

A U T O

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

En la Ciudad de Valencia a veintitrés de diciembre de 2010

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto de este Magistrado Instructor n° 132/2010, de 29 de noviembre de 2010, recaído en las presentes Diligencias Previas 03/2010, cuya apertura se dispuso por Auto de 26 de octubre de 2010 de la Sala Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana a consecuencia de la admisión parcial de la querrela formulada contra D. Ángel Luna González, Diputado de les Corts Valencianes, se resolvió declarar la prescripción y la consiguiente extinción de responsabilidad penal del querellado por las presuntas dádivas cuya recepción le atribuye la querrela presentada y consecuentemente el sobreseimiento libre y el archivo de la causa, desestimándose por tanto la práctica de las restantes diligencias pedidas por la parte querellante.

SEGUNDO.- Contra la dicha resolución se ha interpuesto recurso de reforma, por la Procuradora de los Tribunales Doña Rocío Calatayud Barona en nombre y representación de los querellantes D. Rafael Blasco Castany, D. Cesar-Augusto Asencio Adsuar, D. Vicente Betoret Coll, D^a M^a Soledad Linares Rodríguez, D. David-Francisco Serra Cervera y D. José Marí Olano, en nombre propio y como diputados del Grupo Parlamentario Popular en les Corts Valencianes, en él que interesa la revocación del auto impugnado, la continuación de la Instrucción y la práctica de las diligencias de prueba propuestas por dicha parte recurrente.

TERCERO.- Presentado el recurso en las referidas Diligencias Previas se acordó en las mismas dictar providencia por la que se tuvo por interpuesto el referido recurso, disponiéndose se dé el trámite de traslado al Ministerio Fiscal y a la parte querellada, previsto en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Con anterioridad a la finalización del trámite referido, se ha recibido, remitidas por el Ministerio Fiscal, acta de manifestaciones de D. Javier Aniceto Ponce de León Huerva hechas ante el notario de Alicante D. José Nieto Sánchez, que fue a su vez remitida por dicho notario al Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Alicante, proveyéndose su unión y traslado a las partes.

CUARTO.- En evacuación del trámite conferido a consecuencia del recurso de reforma formulado, se ha presentado por el Ministerio Fiscal –en veinte de diciembre de 2010- escrito en que señala que procede la confirmación del auto recurrido por sus propios fundamentos, reiterándose en su escrito de 23 de noviembre de 2010. Asimismo por la representación procesal parte querellada se ha presentado- en 21 de diciembre de 2010- escrito de impugnación del recurso de reforma presentado pidiendo la confirmación del auto recurrido y en consecuencia el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones. Por la representación procesal de la parte querellante se ha presentado –en 21 de diciembre de 2010- escrito, formulando alegaciones con motivo del acta de manifestaciones hechas por D. Javier Aniceto Ponce de León Huerva y

manifestando que considera necesario reabrir la causa para recibir cuanto menos declaración en calidad de testigo del Sr. Ponce de León.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso de reforma planteado por la parte querellante y hoy recurrente de D. Rafael Blasco Castany, D. Cesar-Augusto Asencio Adsuar, D. Vicente Betoret Coll, D^a M^a Soledad Linares Rodríguez, D. David-Francisco Serra Cervera y D. José Marí Olano, funda su impugnación del Auto objeto del recurso y su pretensión de revocación del mismo, en cuatro motivos de impugnación, consistentes en síntesis, en que :

1º) Acerca de la tipificación de los hechos objeto de la querella, considera que los hechos son incardinables en el tipo penal del artículo 420 del Código Penal, calificación esta que estima no excluida por la Sala en su auto de 26 de octubre de 2010 –que no de 28 de octubre, como seguramente por error de transcripción refiere el recurso- de admisión parcial de la querella, discrepando de la estimación del auto impugnado de que los hechos son incardinables en el artículo 425.1 del Código Penal, y alegando que el auto impugnado excluye sin razonarla la posible incardinación en el referido artículo 420 del Código Penal.

2º) Acerca de la prueba practicada, considera que la misma ha sido erróneamente apreciada por el Instructor, pues estima que éste ha considerado prueba bastante la simple declaración del querellado, tanto para excluir implícitamente el tipo penal del artículo 420 del Código Penal cuanto para afirmar la inexistencia de dádivas, considerando la parte recurrente que la declaración del querellado y los documentos aportados requieren de la práctica de más diligencias de prueba en orden a corroborar o rebatir la veracidad de las manifestaciones del querellado, exponiendo pormenorizadamente su estimación de cual ha de ser –a su juicio– la valoración de la prueba practicada acerca de los hechos relativos a las obras realizadas y al uso y cesión de vehículo, así como acerca de la existencia de un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo por parte del querellado, señalando -en un segundo apartado de este motivo del

recurso- que considera que el instructor con carencia de elementos probatorios proclama la inexistencia de dádivas respecto del pago de las obras y sobre el vehículo, pues no se ha acreditado que no se produjeran tales pagos.

3º) Acerca de la insuficiencia de la Instrucción a efectos de determinación de los hechos y su tipicidad, alega la parte querellante que considera que la decisión del Instructor impugnada podría haberse evitado de haberse acordado la práctica de las diligencias de prueba propuestas por la parte querellante, que relata y reseña, y que considera no son supérfluas o inútiles, sino esenciales para el establecimiento de los hechos, del tipo penal aplicable y de la posible prescripción del delito, que estima imposible si antes no han quedado determinados los hechos y su tipicidad.

4º) Acerca de la improcedencia de la declaración de prescripción, alega la parte querellante y recurrente, que considera que la declaración de la prescripción en cualquier momento del proceso no es el trámite normal ordenado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estimando que el momento previsto para ello es el establecido en el artículo 666, 3º de la misma, aun cuando la doctrina jurisprudencial establece la excepción a la regla general de alegación de la prescripción, invocando al efecto la Sentencia 517/2007, de 8 de junio, del Tribunal Supremo, Sala Segunda, que exige la determinación concluyente sobre el tipo penal aplicable a los hechos, lo que considera la parte recurrente no concurre pues a su juicio cabe la tipificación del artículo 420 del Código Penal, que no es extravagante ni está vedada por el Auto de admisión de la querella.

SEGUNDO.- Al recurso se ha opuesto el Ministerio Fiscal interesando la confirmación del Auto recurrido por sus propios fundamentos. Asimismo la parte querellada se ha opuesto al recurso, impugnado el mismo y fundando ello en cuatro motivos correlativos a los del recurso, en los que en síntesis se alega:

1º) Que el auto de la Sala de 26 de octubre de 2010, de admisión parcial de la querella, que no fue impugnado por la querellante, la hace solamente en cuanto al presunto delito de cohecho tipificado en principio y sin perjuicio de ulterior calificación en el artículo 425 del Código Penal y la desestima en cuanto

al delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, recogiendo en el razonamiento jurídico segundo del mismo que tal desestimación se funda en suma en que las adjudicaciones relatadas en la querrela no pueden estimarse arbitrarias ni se atribuyen al querrellado sino al Ayuntamiento de Alicante, en los términos en que se relatan, lo que a su juicio limita el ámbito de la instrucción a estos términos y excluye el tipo penal del artículo 419 del Código Penal, como expresamente reseña la Sala, pues es este el delito que imputa la querrela, pero también resulta excluido el tipo del 420, pues no son atribuibles al querrellado las adjudicaciones presuntamente irregulares relatadas en la querrela, todo ello con la finalidad de excluir la prescripción mediante la tipificación por la querellante en función del artículo 420 referido.

2º) Los querellantes no discuten la prescripción del tipo del artículo 425.1 del Código Penal e insisten en que las presuntas dádivas son fruto de un ofrecimiento o promesa cuando era autoridad, pues estas –que niegan se hayan producido- carecerían de trascendencia penal cuando se dice se producen no siendo autoridad el querrellado. Tal ofrecimiento o promesa de haber existido –lo que manifiesta la parte querrelada que no se ha producido- no puede haberse producido sino dentro del periodo en que el querrellado fue Alcalde de Alicante, es decir desde el 1 de octubre de 1991 al 16 de junio de 1995, con lo que el *dies a quo* de la prescripción por tal calificación será como mucho el 16 de junio de 1995, con independencia de que después se materialice el acto injusto y la dádiva, en aplicación del artículo 132.1 del Código Penal, invocando al efecto las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1976 y de 16 de noviembre de 2006, por lo que no puede sostenerse la pretensión de la recurrente de no prescripción por aplicación del tipo penal del 420 del Código Penal tomando como *dies a quo* de la prescripción de las presuntas dádivas –que nuevamente se niega haberse producido- referidas a fechas muy posteriores, y que en modo alguno considera constituyen un delito de cohecho continuado.

3º) Respecto del tipo penal del artículo 425.1 del Código Penal, al que considera la parte querrelada viene limitada la instrucción por el auto de admisión de la Sala, alega la parte querrelada que los hechos relatados en la

querella ni siquiera serían constitutivos de dicho delito, pues el querellado al tiempo de las presuntas dádivas ya no era autoridad o funcionario público y si se atiende a la promesa de recibirlas sería descabellado un lapso de tiempo como el aquí estimado, pues considera que tal recompensa debió de ser coetánea con la condición de autoridad o funcionario, que no tenía el querellado al realizarse las obras o adquirir el vehículo, resultando al margen de lo anterior una ausencia total de indicios de comisión alguna de delito, con independencia de la prescripción, tanto en su contratación en la empresa del Sr. Ortiz, cuanto en las obras de reforma cuanto en el uso y adquisición de vehículo, considerando la parte querellante que el acta de manifestaciones de por D. Javier Aniceto Ponce de León Huerva, aportada de forma extraña y pese a ello, pone de relieve la total ausencia de fundamento de la querella interpuesta, pues vienen a insistir que la supuesta dádiva o regalo en realidad no lo era, ni como promesa ni como recompensa por acto realizado en razón a su cargo pues miraba al futuro, cuando el querellado ni era autoridad ni funcionario, sin perjuicio de lo dicho por esta parte respecto a la inexistencia del delito del artículo 421.1 del Código Penal.

4º) Respecto de las alegaciones del recurso acerca de la resolución de sobreseimiento, señala la parte querellada que la prescripción es una cuestión de orden público de carácter material ajena a exigencias procesales de la acción persecutoria invocando el efecto las sentencias del Tribunal Supremo 1132/2000, de 30 de junio , 1079/2000, de 19 de julio y la de 1 de diciembre de 1999, y por tanto se puede adoptar en cualquier momento del proceso, sin necesidad de someter al querellado a una investigación tan perjudicial como inútil, sin que se esté en el presente caso ante dudas acerca de la aplicación o no del instituto de la prescripción, por cuanto pese a lo alegado por la querellante, la documentación aportada por el Sr. Luna verifica y clarifica las fechas de las presuntas dádivas erróneamente contenidas en la querella despejando las dudas que el relato fáctico de la misma pretendía crear, estimado la querellada que la valoración de la prueba hecha por el Instructor es acertada por global, congruente y suficiente, poniendo de relieve la documentación aportada, y no solo la declaración del querellado, la falta de corrección de los datos relatados en la

querrela acerca de la titularidad de la vivienda donde se realizaron las obras, el momento y tiempo de la contratación del querrellado por la empresa del Sr. Ortiz, y el periodo de uso del vehículo y el momento de su adquisición, lo que considera la parte querrellada evidencia la inexistencia de indicio alguno de comisión de delito y en todo caso la prescripción del mismo

TERCERO.- El motivo del recurso que pretende ahora la tipificación de los hechos en el ámbito del artículo 420 del Código Penal, que la querrela incardinaba en el 419 del Código Penal, ha de ser desestimada por cuanto ni se dan los elementos del tipo del 419, como resulta de lo que resolvió la Sala al pronunciarse sobre la inexistencia del delito de prevaricación también pretendido en la querrela respecto de las adjudicaciones, entre otros extremos, porque la propia querrela no atribuye la realización de las adjudicaciones en ella referidas al querrellado, a más de que tales adjudicaciones no resultan -tal y como se relatan- constitutivas del delito de prevaricación del artículo 404 del Código Penal, que además estaría prescrito atendido que sólo se hubieran podido producir hasta 1995, fecha en que cesa el querrellado en su condición de autoridad, ni tampoco se dan los elementos del tipo penal pretendido en esta vía de recurso del artículo 420 del Código Penal, pues no concurre tampoco, de lo relatado en la querrela, la realización por el querrellado de las adjudicaciones que basan la argumentación de la parte querellante.

CUARTO.- A lo anterior se ha de añadir que, tanto en el antes pretendido artículo 419 del Código Penal, cuanto en el ahora pretendido 420, el tipo penal, por lo que ahora nos ocupa, requiere de la condición de autoridad o funcionario público de quien recibe la dádiva o el ofrecimiento o promesa de la misma, y consta del relato de la querrela, con las precisiones de fechas resultantes de la documentación aportada por el querrellado, que las presuntas dádivas en caso de producirse lo serían en fechas muy posteriores a la pérdida de su condición de autoridad, que se produce en todo caso *in extremis* a partir de 1995, por lo que aun cuando cupiera la calificación de los hechos atribuidos al querrellado por la

parte querellante en los términos del art. 420 del Código Penal, sólo lo sería por el ofrecimiento o promesa de dádiva por unos actos de adjudicaciones contractuales, que la propia querrela no recoge como realizados por el querellado, y en todo caso aunque se acogiera la calificación ahora pretendida del artículo 420 del Código Penal, tal delito de cohecho en la modalidad de promesa de dádiva, estaría asimismo prescrito atendida la pena establecida para el mismo y lo dispuesto en el artículo 131 del Código Penal.

QUINTO.- En consecuencia se ha de confirmar la estimación del auto recurrido de que los hechos atribuidos al querellado en la querrela, y en concreto las pretendidas dádivas, como incardinables en el delito de cohecho en la modalidad de recompensa por actos no constitutivos de delito, que sólo contempla el tipo penal del 425.1 del Código Penal, como se expone expresamente en el razonamiento jurídico quinto de los del auto recurrido, hechos estos que precisados en cuanto a las fechas en que se pudieron producir las presuntas dádivas que se relatan en la querrela -con las inexactitudes puestas de relieve en el auto recurrido- llevan necesariamente a tener que declarar la prescripción en los términos en que la plantea el Ministerio Fiscal y se dispone en el auto impugnado.

SEXTO.- Atendida lo razonado acerca de la improcedencia de la calificación pretendida ahora por la parte querellante y recurrente por el tipo penal del artículo 420 del Código Penal y su desestimación, a más de que tal tipificación, como se ha señalado antes, llevaría igualmente a la prescripción acordada por la calificación del 425.1 hecha en el auto recurrido, decaen las demás alegaciones y motivos del recurso que se basan en definitiva en la posibilidad -lo que no concurre- de que los hechos resulten calificables por tal tipo del 420 del Código Penal, siendo no obstante de señalar que las afirmaciones que se hacen en el auto recurrido, de las que discrepa la parte recurrente, acerca de la inexistencia indiciaria de las dádivas y de las inexactitudes del relato de hechos de la querrela, no se derivan tanto de la declaración del querellado -como

afirma el recurso- cuanto de la documentación aportada y del estado de la investigación, y que, en contra de lo alegado por la querellante, responden a la situación indiciaria resultante al tiempo de la declaración de prescripción, y, aún en el supuesto de que se dieran tales dádivas como expresa y pormenorizadamente recoge el auto recurrido, claramente y sin duda, ello no solo permite sino que obliga a la declaración de prescripción hecha y a la consecuente cesación de la practica de nuevas diligencias que carecen de toda utilidad a partir de la constatación de las circunstancias de la prescripción, sin que las sentencias invocadas respecto de la excepcionalidad de tal declaración de prescripción en cualquier momento del procedimiento obsten la misma y por el contrario abunden en la procedencia de la resolución de prescripción producida.

SÉPTIMO.- Respecto del acta de manifestaciones de hechas por D. Javier Aniceto Ponce de León Huerva, respecto de la cuál la parte querellante ha presentado escrito solicitando la reapertura de las diligencias y la practica de otras nuevas, la parte querellada ha expresado en su escrito de impugnación del recurso que en su caso confirma la inexistencia de promesa o dádiva, se ha de señalar que la aparición de la misma en esta causa, cuanto menos anómala por el modo y la forma en que se produce, no altera los pronunciamientos del auto impugnado y ello por cuanto en nada afecta a la prescripción declarada y sustancialmente se corresponde con las declaraciones hechas a una emisora de radio aportadas por la querellante, siendo de aplicar a la misma lo resuelto en el auto impugnado respecto a la práctica de diligencias atendida la concurrencia de la prescripción declarada.

OCTAVO.- Los fundamentos del recurso, contenidos en los motivos del mismo, a tenor de los razonamientos jurídicos anteriores, no desvirtúan los razonamientos y fundamentos de fondo del Auto impugnado, ni, por tanto, enervan los pronunciamientos del mismo, por lo que procede la desestimación del dicho recurso de reforma y la confirmación, en todos sus extremos, del Auto impugnado.

En consideración a lo expuesto,

DISPONGO :

Desestimar el recurso de reforma interpuesto por D. Rafael Blasco Castany, D. Cesar-Augusto Asencio Adsuar, D. Vicente Betoret Coll, D^a M^a Soledad Linares Rodríguez, D. David-Francisco Serra Cervera y D. José Marí Olano, en nombre propio y como diputados del Grupo Parlamentario Popular en les Corts Valencianes contra el Auto de este Magistrado Instructor nº 132/2010, de 29 de noviembre de 2010, recaído en las presentes Diligencias Previas 03/2010, por el que se resolvió declarar la prescripción, el sobreseimiento libre y el archivo de la causa, y desestimando por tanto la práctica de las restantes diligencias pedidas por la parte querellante, confirmar en todos sus extremos el referido auto y en consecuencia desestimar asimismo la reapertura de las Diligencias Previas y la práctica de nuevas diligencias pedidas por la querellante con posterioridad a la interposición del recurso.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con traslado de sus respectivos escritos, instruyéndoles de que contra esta resolución cabe recurso de apelación para ante la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, previa constitución de depósito de 50 euros en el caso de la parte querellante, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el plazo de 5 días en los términos de lo dispuesto en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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