

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA
SALA CIVIL i PENAL

DILIGENCIAS PREVIAS 1/2015

Querrela 16/14 y acumuladas

AUTO

Magistrado Instructor Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Abril Campoy

Barcelona, a 28 de junio de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Auto del Pleno de 8 de enero de 2015 se admitió a trámite la querrela interpuesta por el Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos Manos Limpias contra el M. Hble. President de la Generalitat de Catalunya, entonces, el Sr. Artur Mas i Gavarró y contra las Conselleras d'Ensenyament, Hble. Sra. Irene Rigau i Oliver y de Governació i Relacions institucionals, además de Vicepresidenta del Govern, Sra. Joana Ortega i Alemany.

SEGUNDO.- Recurrido el referido Auto, en súplica por la representación procesal de los querellados, el mismo fue confirmado por Auto del Pleno de fecha 26 de febrero de 2015.

Se refería en el citado Auto que, con fecha de 4 de noviembre de 2014 (asunto 6540/2014), el Tribunal Constitucional dictó providencia, por la que admitía a trámite el escrito de planteamiento de la impugnación y acordó, al amparo del art. 161.2 de la Constitución, la suspensión de los actos impugnados desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros, *“así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella”*.

En el Auto de admisión se determinó, por una parte, el ámbito temporal de la investigación relativa al proceso de participación del 9N. Así, se limitaba la investigación a los días transcurridos entre el 4 de noviembre de 2014, fecha del dictado por el Tribunal Constitucional de la providencia de suspensión de la consulta del 9N, así como de sus actos de preparación o vinculados a ella y hasta el día 10 de noviembre y, por la otra el ámbito subjetivo, se consideraban investigados el M. Hble. President de la Generalitat y las Consellers de Governació i Relacions institucionals y d’Ensenyament, al existir indicios que la orden expresa y de no hacer no había sido atendida.

TERCERO.- Este instructor procedió a la acumulación de las distintas acusaciones populares bajo una única representación procesal y dirección letrada, que recayó en el sindicato Manos Limpias, por Auto de 30-04-2015, recurrido en reforma y confirmado por Auto de 6 de junio de 2015, a la par que confirmado, tras la desestimación del recurso de apelación por Auto de la Sala de fecha 17 de julio de 2015.

CUARTO.- A lo largo de la instrucción, se han llevado a cabo diversas diligencias probatorias:

1.- Se ha solicitado documentación a la Autoritat Catalana de Protecció de dades, al CTTI (Centre de Telecomunicacions i Tecnologia de la Informació), a la Secretaria General de Presidencia de la Generalitat, al Secretari General del Departament d'Ensenyament, al Presidente del Tribunal Constitucional y a la Delegación del Gobierno en Cataluña por providencias de este instructor de fechas 15 y 18 de junio de 2015.

Por Providencias de 30-07, 13-10 y 21-10-2015 se requirió más documentación al CTTI.

Por Providencia de 5-10-2015 se solicitó información a la Directora de Serveis del Departament de Presidencia.

2.- La práctica de las testificales en las personas que se indican tuvo lugar en las fechas que se indican:

- Sres. J.R. A. y J. R., inspectores de educación y M. Ll., directora de Serveis Territorials de Barcelona Comarques en fecha 13 de julio de 2015.
- Sres. J. B., directora de Centro de educación secundaria y F. G., Inspector jefe de educación, en fecha 30-07-2015.
- Sres. D. A., directora de Centro de educación secundaria, D. M., presidente del Consejo de Administración del Grupo Focus, E. A., directora del CIRE, J. C., asesor de la Vicepresidenta en materia de opinión pública y J. E., Director del CTTI, en fecha 19-10-2015.
- Sres. B. R., gestor de clientes de T-Systems, y A. N., jefe de servicio de T-Systems, en fecha 21-01-2016
- Sres. Juan G., legal representante de INET-INST, S.L., J. R. P. director general de 10DENCEHISPAHARD y Sr. G., entonces empleado de INET-INST, S.L., en fecha 7 de marzo de 2016.

3.- La declaración de los investigados Sra. Irene Rigau Oliver, Joana Ortega i Alemany i Artur Mas i Gavarró se llevó a cabo los días 13 y 15 de octubre del año 2015.

4.- Posteriormente, se acordó requerir a las mercantiles citadas y a la Generalitat la entrega de nueva documentación. Así:

- Por Providencia de 19-10-2015 se recabó documentación del Departament d'Economia, de la Secretaria General del Departament de Presidencia y del IDESCAT.
- Por Providencia de fecha 21-10-2015 se requirió la entrega de documentación al CIRE (Centre d'Iniciatives per a la Reinserció), FOCUS, S.A., Telefónica España, Hewlett Packard, Fujitsu, T- Systems y al CTTI.
- Por Auto de 29-10-2015 se admitió el requerimiento de prueba documental a las mercantiles INET-INST,S.L., SECURITAS DIRECT ESPAÑA, SAU, AKAMAI TECHNOLOGIES SPAIN y 10DENCEHISPAHARD,SL. (Cdmon).
- Por providencia de 21-12-2015 se acordó requerir a las empresas de SERTRANS, MEDIA PLANNIG GROUP y al Departament de Presidencia.
- Por Providencia de 29-01-2016 se acordó dar lugar a la práctica de una pericial a cargo de la Guardia Civil, respecto del funcionamiento de la página web www.participa2014.cat, y se requirió a Media Planning para que identificara los medios de pago y se reiteró el requerimiento al Departament de Presidencia acerca de la aportación de los informes emitidos por los diferentes departamentos respecto del 9N.
- Por Auto, de 23 de febrero de 2016, se acordó admitir en parte la prueba propuesta por la acusación popular, consistente en las testificales de los legales representantes de INET-INST, S.L. y 10DENCEHISPAHARD,S.L., así como la testifical del Sr. G. F. y la documental solicitada por la defensa del M.Hble. President de

la Generalitat, consistente en librar oficio al Excm. Sr Fiscal Superior de Catalunya a fin de que aporte a las actuaciones copia testimoniada del informe de la Junta de Fiscales de la Fiscalia Superior de Catalunya de 17-11-2014 y al Juzgado de Instrucción nº 3 de Barcelona y al nº 2 de Mollet del Vallès, a fin de que libren copias testimoniadas de las Diligencias Previas 2974/2014-C y de las Diligencias Previas 926/2014, respectivamente.

- Posteriormente, en fecha 1 de marzo de 2016, la mercantil Media Planning ha hecho llegar a esta instrucción la documentación acerca de las facturas y los medios de pago que le fueron requeridos.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, por medio de escrito de 2 de febrero de 2016, puso en conocimiento de este instructor que, a su juicio, habían aparecido indicios de que el entonces Conseller de Presidencia, Sr. Homs i Molist, podía haber incurrido indiciariamente en los tipos delictivos objeto de esta investigación. Así, solicitaba que se remitiera la causa al Tribunal Supremo, pero solo respecto del aforado, al considerar que su actuación resultaba escindible de la del resto de investigados.

Esta instrucción concedió a las partes personadas el plazo de cinco días para que efectuaran alegaciones al respecto si así era de su interés. Sobrepasado el referido plazo, por escrito de 24 de febrero de 2016, la representación procesal de la acusación popular solicitó la remisión de toda la causa al Tribunal Supremo, en méritos de lo contenido en su escrito.

SEXTO.- En fecha 17 de febrero de 2016, se dictó Auto por el que se ponía en conocimiento de la persona aforada Sr. F. Homs i Molist, al socaire de lo previsto en el art. 118 bis LECr., la existencia del presente procedimiento y se le confería la oportunidad de comparecer

como parte y participar en las diligencias de investigación pendientes de llevar a cabo.

En fecha 7 de marzo de 2016 se ha recibido declaración voluntaria, al amparo de lo dispuesto en el art. 118 bis LECr. al Sr. F. Homs i Molist.

SÉPTIMO.- En fecha 8 de marzo, las defensas de los investigados han presentado sendos escritos por los que solicitan el sobreseimiento y archivo de la causa.

Por providencia de fecha 10 de marzo de 2016, se ha dado traslado de los mismos a las demás partes personadas por el plazo de 5 días.

El Ministerio Público por escrito, de fecha de registro 21-03-2016, se opuso, con base en los argumentos vertidos en el mismo, a las peticiones de archivo de la causa interesadas por las defensas.

OCTAVO.- Tras la consideración por este Magistrado instructor de la concurrencia de indicios inculpativos respecto del aforado ante el Tribunal Supremo, Sr. Francesc Homs i Molist, se formuló exposición razonada, con fecha 11 de marzo de 2016, por la que se remitía la totalidad de la causa al Tribunal Supremo y se solicitaba que, en aras a la continencia de la causa y de los argumentos expuestos en la citada exposición, asumiera el Alto Tribunal la instrucción y enjuiciamiento de los investigados, así como del Sr. Homs i Molist (*"Desde esa óptica, y toda vez que la doctrina del Tribunal Supremo admite que no resulta adecuado efectuar juicios apriorísticos y que deben examinarse las circunstancias concurrentes del caso, en atención a los principios del juez predeterminado por la ley y el de seguridad jurídica, el juicio de este instructor, sin duda sometido al superior criterio del Tribunal Supremo, es que la presunta intervención del aforado en la realización de los hechos delictivos que indiciariamente se han apuntado a lo largo de la investigación aconsejan, por las razones ya expuestas, una instrucción y, en su*

caso, enjuiciamiento, conjunto para alcanzar la verdadera entidad fáctica que se investiga o enjuicia, toda vez que así lo aconsejan las circunstancias concurrentes en la presente investigación.

En consecuencia, se remite la totalidad de la causa foliada, junto con la misma contenida en formato digital y resta en poder de este Tribunal Superior copia digital de la misma.

Se solicita, asimismo, que por parte del Tribunal Supremo se autorice, si así lo estima oportuno, a la realización de aquellas diligencias que puedan merecer la consideración de urgentes o que no admitan demora”).

Por Providencia de 22 de marzo de 2016, devuelta la causa por parte del Tribunal Supremo se dio cumplimiento a lo ordenado por Providencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de marzo de 2016, y se procedió, tras el previo traslado a las partes, a librar el testimonio de particulares interesado, con la debida traducción de aquellos que sea preciso al idioma castellano.

NOVENO.- El Tribunal Supremo, Sala segunda, dictó Auto, de fecha 25 de mayo de 2016, en cuya parte dispositiva, en lo que aquí interesa, se declaraba competente para la instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento de D. Francesc Homs i Molist por los delitos de desobediencia, prevaricación administrativa y malversación, y respecto de las personas no aforadas ante el Tribunal Supremo, declaraba que el procedimiento debía continuar ante el órgano competente, sin perjuicio de remitir cuantos datos resulten de las diligencias que se practiquen y que tengan relación con el aforado ante la Sala segunda del Tribunal Supremo.

DÉCIMO.- Este Magistrado instructor dictó providencia, de fecha 14-12-2015, por la que se requería al Sindicato de Funcionarios Manos Limpias, con anterioridad a resolver si debía alterarse la dirección letrada de la acusación popular, que, si a su interés convenía,

expusiera y acreditara la existencia de reuniones acaecidas para discutir la estrategia de los escritos a presentar o de la forma de intervenir en las presentes diligencias previas, así como para consensuar el contenido de los escritos o la comunicación de borradores de escritos para su discusión o cuantas otras comunicaciones evidenciasen la adopción de decisiones consensuadas por parte de los integrantes de la acusación popular.

Tras el dictado de la citada providencia, recurrida en reforma se dictó Auto, de fecha 1 de febrero de 2016, que confirmaba la misma. Por Auto de la Sala de 11 de abril de 2016 se desestimó el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de este instructor de 1-02-2016.

Este instructor dictó Auto, de fecha 2 de mayo de 2016, con la siguiente parte dispositiva: *"SUSTITUIR al Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias en la representación y dirección letrada de la acusación popular por el que le siguió temporalmente en la personación como acusación popular (Sindicato profesional de policía y Unión federal de policía).*

Asimismo, deberá restituir los soportes documentales y de toda índole que le hayan sido entregados con motivo de la asunción de la dirección letrada de las acusaciones populares" .

El referido Auto fue recurrido en reforma y desestimada por Auto de fecha 13 de junio de 2016.

ÚNDECIMO.- Por Auto de este instructor, de fecha 23-02-2016, se acordó, entre otros extremos, incorporar el informe de la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 17-11-2014.

El Ministerio Fiscal presentó recurso de reforma, de fecha de registro 2-03-2016, en virtud del cual y en méritos de los argumentos contenidos en el mismo, solicitaba que se dejara sin efecto la

incorporación del acta de la Junta de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fechas 14 y 17 de noviembre de 2014.

La acusación popular, mediante escrito de fecha de registro 10-03-2016, se adhirió al recurso interpuesto por el Ministerio Público.

La representación procesal de la Sra. Irene Rigau i Oliver, por escrito de fecha de registro 10-03-2016, y de la representación procesal del Sr. Artur Mas i Gavarró, según escrito de fecha 11-3-2016, se opusieron al recurso de reforma y solicitaron la desestimación del mismo.

Por Auto, de fecha 31 de marzo de 2016, se estimó el recurso de reforma y se dictó la siguiente parte dispositiva: *“PROCEDE ESTIMAR el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal, y al que se ha adherido la acusación popular, contra el Auto de este instructor, de fecha 23 de febrero de 2016, y dejar sin efecto la incorporación a las presentes diligencias del informe de la Junta de Fiscales del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17-11-2014.*

No procede efectuar pronunciamiento alguno sobre costas procesales”.

El referido Auto fue recurrido en apelación por las representaciones procesales de los Sres. Artur Mas i Gavarró e Irene Rigau i Oliver, con la adhesión de la representación procesal de la Sra. Joana Ortega i Alemany y la Sala de apelación dictó Auto, de fecha 24 de mayo de 2016, en virtud del cual confirmaba el Auto de este Instructor.

HECHOS

De las diligencias que se han practicado a lo largo de la instrucción, a los efectos de identificar los hechos punibles y los investigados, de

conformidad con lo expuesto en el artículo 779.1.4 LECr, resultan los elementos siguientes:

Acotada la investigación al intervalo temporal que media entre el dictado de la providencia de 4 de noviembre de 2014 por parte del Tribunal Constitucional y la celebración de la consulta de participación el día 9 de noviembre del mismo año y la lectura de los resultados que tuvo lugar ese día y los siguientes, de la declaración de los investigados, pericial practicada, testigos y de las documentales que obran en las actuaciones se aprecia lo que sigue:

1.- El M. Hble. President de la Generalitat, entonces Sr. Artur Mas i Gavarró, declaró ser el máximo responsable de la iniciativa política y de haber impulsado el proceso participativo del 9N.

Asimismo, refirió haber recibido una comunicación por parte del Presidente del Tribunal Constitucional, en la que se le indicaba la suspensión de la convocatoria del 9N y de las actuaciones de preparación de la misma o vinculadas a ella.

Esa comunicación de la orden de suspensión de la convocatoria de la consulta y de las actividades de preparación o vinculadas a la misma fue recibida en el Departament de Presidencia y también por correo electrónico en el Gabinete jurídico de la Generalitat de Catalunya.

2.- El President de la Generalitat informó a la Consellera Rigau i Oliver y a la Consellera Ortega i Alemany de la existencia de la providencia y de la orden de suspensión.

3.- Las Conselleras citadas recibieron una comunicación de la Delegada del Gobierno, con anterioridad al 9 de noviembre (en concreto el 5-11-2014), en las que se les indicaba que adoptar acuerdos como la puesta a disposición de los centros educativos podía contravenir la resolución adoptada por el Tribunal Constitucional, a la par que se recordaba la importancia de no

adoptar acuerdos o llevar a cabo actuaciones contra lo ordenado en la providencia.

4.- De las declaraciones prestadas por el M. Hble. President de la Generalitat ante esta Instrucción se expone que la consulta del 9N, diseñada para ser ejecutada por el Govern de la Generalitat, tras la suspensión fue ejecutada por personal voluntario y que no se dieron órdenes ni se impartieron instrucciones. Antes de la suspensión, manifestó que todo el trabajo estaba acabado. También declaró conocer la existencia de un documento, que lleva por título "La consulta sobre el futur polític de Catalunya", elaborado por el Consell Assessor per a la Transició Nacional, en su edición de octubre de 2014, en el que en las páginas 148 a 152 advierte de la posible responsabilidad penal por la promoción de una consulta no amparada en la normativa reguladora de las consultas.

5.- En el mismo sentido, se pronunciaron las Conselleras Rigau y Ortega. La primera de ellas contestó a la carta de la Delegada del Gobierno y expuso que desde el Departament d'Ensenyament y los centros educativos no se adoptó ningún acuerdo ni ninguna actuación contraria a lo ordenado por la providencia del Tribunal Constitucional. Señala que las actuaciones se llevaban a cabo por medio de voluntarios, unos conocidos como voluntarios generales o de proceso y otros de equipamientos. Asimismo, respondió que no existía ninguna comisión de seguimiento ni ningún responsable que resolviera los problemas que se podían plantear en los días previos al 9N o el mismo día. No existía ningún control por parte del Departament, sino que los voluntarios se coordinaban entre sí.

La Consellera Ortega refirió que tras el 4 de noviembre todo el proceso estaba en manos de los voluntarios y que el mismo ya no se podía parar. Indica que no había responsables por parte de la

Generalitat de Catalunya y que las incidencias que podían surgir se resolvían por un comité de voluntarios.

6.- Frente a las declaraciones de los investigados, según las cuales todo el proceso quedó, tras el 4 de noviembre, en manos del voluntariado sin ninguna intervención de la Generalitat, de manera que no se desobedeció la providencia del Tribunal Constitucional, la documentación recabada y las testificales practicadas en esta fase de investigación acreditan, cuando menos con la provisionalidad de esta fase de investigación que ello no fue así.

De la documental que consta incorporada a esta instrucción, aparece en el documento *9N/2014 Tu hi participes Tu decideixes* una enumeración de las funciones que corresponden a los voluntarios. Así, los voluntarios de equipamiento tienen asignadas, entre otras, la de recibir y custodiar el material del proceso, mas no la de recogerlo, trasladarlo, instalarlo, desmontarlo y devolverlo al lugar que se indique.

7.- De la instrucción ha resultado que la organización, la preparación y el desarrollo de la consulta no se llevó a cabo solo a través de voluntarios sino que jugaron un papel relevante contratistas privados, que prestaron servicios abonados con recursos financieros públicos, con plena conciencia de la desobediencia a la suspensión ordenada, como lo evidencia la indicación del carácter "confidencial" o de "tacto" en la correspondencia electrónica entre la Administración de la Generalitat y los contratistas privados.

Así, pese a la suspensión de la consulta y de sus actos de preparación y organización, y de los vinculados a la misma, pueden referirse una serie de actuaciones que se desarrollaron tras el 4 de noviembre y que se llevaron a cabo por contratistas privados, con el conocimiento y acuerdo de los tres investigados:

a) La página web oficial (webparticipa2014), encargada por el Departament de Governació i Relacions institucionals, por la que podía llevarse a cabo la inscripción de los voluntarios y que facilitaba información sobre la consulta se mantuvo activa tras el día 4N. Esa página web contenía el logotipo de la Generalitat, así como enlaces a otras páginas web de la Generalitat.

La misma había sido encargada a la UTE HP-SERVICIOS-VASS CONSULTORIA. Según factura, de fecha 30-01-2015, se incorporó el soporte a incidencias en la publicación de la web a AKAMAI por importe de 7.298,24 euros (incluido IVA). El objeto de la factura es dar soporte desde el día 4 al 11 de noviembre de las configuraciones AKAMAI y nuevas para el 9N. Incluye además un dispositivo especial con soporte 7x24 para los días críticos: 8, 9 y 10 N y del 4 al 11 de noviembre la creación de la nueva propiedad para participa2014.cat, subida de contenidos y cambios al TTL de las páginas de participa2014.cat.

De la documental recibida de la empresa 10DENCEHISPAHARD,S.L. (Cdmon), se comunica la existencia de acceso al usuario dgiap desde la fecha de transmisión del dominio (1-10-2015) y con posterioridad a la providencia del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2014.

De la testifical del legal representante de la citada empresa, efectuada en fecha 7 de marzo de 2016, se señala que la empresa es proveedora de registros de dominio de la Generalitat y que el dominio fue registrado por el Departament de Governació i Relacions Institucionals.

La pericial de la Guardia civil, de fecha 29 de febrero de 2016, informa en sus conclusiones (foli 32 del informe) que "y se confirma que la última vez que han sido manipulados, modificados o cargados

los archivos análogos fue con fecha 4, 7, 9 de noviembre y 10 de Diciembre de 2014”.

b) El Centre de Telecomunicacions i Tecnologies de la Informació de la Generalitat (en adelante CTTI) encargó a la empresa T-SYSTEMS los tres programas informáticos que debían instalarse, dos de ellos, en los ordenadores portátiles que se entregarían en los puntos de votación (de registro de participantes y de consolidación de los resultados) y un tercero, que se ubicaría en el propio CTTI para introducir los resultados que se recibieran de los puntos de votación, a fin de poder tratarlos. Esos programas fueron entregados por T-SYSTEMS a responsables del CTTI el día 7 de noviembre de 2014 (la versión final).

El testigo Sr. B. R. R., gestor de clientes y de servicio de T-SYSTEMS señala que fue en esa fecha cuando se entregó la versión final y que quizás el día 8 hubo alguna modificación. Indica el testigo que recibieron la confirmación de la Generalitat de que podían continuar con los trabajos encargados y que además la semana antes del 9N se realizaron jornadas de formación para los voluntarios y que durante la jornada del 9N proporcionaron soporte técnico en previsión de ataques y de soporte al aplicativo.

El testigo Sr. A. N. G., empleado de T-SYSTEMS también refiere que se solicitó soporte para el día 9N, en el que participó y que se trataba de resolver dudas de los voluntarios, así como para tratar el registro de resultados y su publicación.

De la documental librada por T-Systems a esta instrucción aparece como, a requerimiento del CTTI, se reforzaron los equipos de guardia el fin de semana de la votación y se requirió telefónicamente la disponibilidad in situ de parte del equipo que había participado en el proyecto, para sobre todo, llevar a cabo las extracciones de los resultados y su entrega al CTTI. Refiere que esas actividades de

soporte se regularizaron económicamente (según el documento 14) y se incluyen, entre otras partidas, con un coste total de 113.987,23 euros.

Asimismo, identifica a los trabajadores que prestaron servicio el 9N y que fueron (los nombres y apellidos constan en la documentación citada), según su calificación profesional: 2 técnicos de sistemas de bases de datos, 1 técnico de sistemas web, 1 jefe de proyecto, 1 programador, 2 arquitectos de aplicaciones, 1 analista y 1 analista programador.

c) El Departament d'Ensenyament adquirió 7.000 ordenadores portátiles a TELEFÓNICA a finales del mes de octubre de 2014 y fueron depositados en almacenes de las Delegaciones Territoriales del Govern de la Generalitat y de la mercantil FUJITSU entre los días 28 de octubre y 4 de noviembre de 2014. Esos ordenadores, que tras la jornada del 9N se enviaron a centros de enseñanza, fueron objeto en los días 7 y 8 de noviembre, y una vez T-SYSTEMS entregó los programas elaborados al CTTI, de la instalación de los programas elaborados por T-SYSTEMS. Esa instalación se llevó a cabo por la mercantil FUJITSU, así como por otras empresas que ésta subcontrató, en los días 7 y 8 de noviembre para estar en funcionamiento el día 9 de noviembre. Fue también en los días 7 y 8 de noviembre cuando FUJITSU instaló en la sede del CTTI el tercer programa, relativo a la recepción y tratamiento de los resultados de la consulta.

El Sr. J. G., legal representante de Inet-Inst, S.L., empresa subcontratada de FUJITSU, afirma que la instalación de los ordenadores se llevó a cabo desde el viernes 7 de noviembre por la tarde hasta el sábado 8 y que incluso se acabó el domingo por la mañana lo que quedaba pendiente. Indica que el 9N estaba de guardia y que su personal estaba en diferentes puntos, a la par que

contaban con ordenadores de recambio y con un equipo de guardia en el CTTI y en otros lugares por si fallaba algún ordenador.

En el mismo sentido, el Sr. G., trabajador de INET en aquellas fechas, declaró que se abonaban a los trabajadores 200 euros/día por trabajar los días 8 y 9 de noviembre y que fueron más de 150 trabajadores los que prestaron el servicio de llevar los ordenadores e instalarlos en las direcciones asignadas. El día de la declaración entregó un albarán en el que se reflejaba la instalación y en el que constaba un correo electrónico de la Generalitat para comunicar el servicio realizado.

d) Por encargo del Departament de Governació, el Centre d'iniciatives per a la reinserció (CIRE) confeccionó el material necesario para la votación, como urnas, sobres, papeletas, impresos, etc... Según la documental que tuvo entrada en esta instrucción el día 13-11-2015, la mercantil SERTRANS fue la empresa contratada por el CIRE para recoger el material elaborado y distribuirlo en los centros de votación en Cataluña. Ello se llevó a cabo con posterioridad al día 4 de noviembre y por un importe de 21.780 euros, IVA incluido.

e) El Departament de Presidència contrató a la empresa FOCUS. S.A. para que acondicionara el pabellón italiano de Montjuïc e instalara en el mismo el Centro de Prensa internacional. El importe de la factura que se libró en fecha 19-11-2014 era de 144.244,08 euros. En fecha 3-11-2014 FOCUS subcontrata a la FIRA INTERNACIONAL DE BARCELONA, para la ubicación y funcionamiento del "Centre Internacional de Premsa". El contrato estableció como fechas de ejecución los días 3 al 8 de noviembre y su desmontaje el día 10 de noviembre. Ello se llevó efectivamente a cabo, pues fue desde el mismo, donde la Vicepresidenta del Govern ofreció los datos de participación.

f) Durante la jornada del 9N, las empresas privadas T-SYSTEMS y FUJITSU prestaron servicio técnico, fundamentalmente, en la sede del CTTI, en el que funcionaba además un call center que empleaba medios de comunicación de titularidad pública.

g) Los voluntarios dispusieron de un seguro de accidentes que fue contratado por el Departament de Governació y que supuso que AXA emitiera un suplemento de seguro el día 4 de noviembre para dar cobertura a 25.800 voluntarios para el día 9 de noviembre de 2014. El importe de ese suplemento de póliza de seguro fue de 1.409,26 euros.

h) En fecha 4-12-2015 tuvo entrada en esta instrucción la documental requerida al Departament d'Economia, en la que se facilita el coste total del proceso de participación. En el mismo se incluyen dos partidas que engloban conceptos antes indicados y que en parte se llevaron a cabo tras el 4 de noviembre, como son las soluciones TIC, por un importe global de 698.681,50 euros y la inserción en los medios de comunicación de contenidos de la campaña institucional para informar del proceso de participación ciudadana, facturado por la empresa Media Planning Group, SA, por un importe global de 806.403,52 euros.

i) El día 9 de noviembre, los centros educativos de la Generalitat, en los que se habían instalado los ordenadores portátiles para la votación abrieron para posibilitar la votación. Con anterioridad, la Conselleria d'Ensenyament, mediante los Servicios territoriales llevó a cabo reuniones en Barcelona, que se celebraron los días 16 y 22 de octubre de 2014. Se evitó impartir instrucciones, criterios o pautas por escrito a los Directores de los Institutos que iban a ser sede (testifical de la Directora de Servicios Territoriales Sra. M. Ll., donde se refiere que las reuniones, pese a realizarse en la sede social, se llevaron a cabo sin orden del día y sin levantar acta), y ello aun

cuando las mismas fueron solicitadas (cfr. Testifical de la Sra. B., Directora de Instituto que en esa reunión las solicitó expresamente). No obstante, las instrucciones verbales que se impartieron (en ese sentido, la testifical de la Sra. A., asimismo Directora de Instituto), por parte de su superior orgánico, la Dirección territorial, a los Directores consistieron en reclutar voluntarios, recibir material y custodiarlo y, ceder el uso de los centros y, para el caso de no querer participar, entregar las llaves a los servicios territoriales.

En ese sentido, la testifical de la Sra. A. R. pone de relieve como los Servicios territoriales procuraban la disposición de los centros para poder proceder a la votación, para lo que debían contar con las llaves de los mismos y como la testigo solicitó, en los días 6 y 7 de noviembre, instrucciones por escrito para la entrega de las llaves, que no le fueron impartidas.

Los inspectores de educación, Sres. A. y R., en sus declaraciones ante esta instrucción indican que, no obstante la petición de instrucciones escritas por parte de algunos Directores, preocupados por la responsabilidad en que podían incidir, ésta fue rechazada. El propio Inspector Jefe, Sr. F. G., señala que en esa reunión de 16-10-2014 no se impartió ninguna instrucción ni se concretó sobre cómo se iba a llevar a cabo la entrega de las llaves de los centros.

La intención de no dejar instrucciones escritas en este proceso, fue gráficamente calificada por el Inspector de Educación Sr. R. como de atipicidad administrativa, a la par que el Sr. A. refirió que conforme a la ley de procedimiento administrativo las actuaciones administrativas, en principio, deben ser por escrito.

j) La vicepresidenta del Govern y Consellera de Governació i Relacions institucionals, tras la recepción y el tratamiento de los datos desde el CTTI, dio publicidad a los mismos en el Pabellón de la Fira de Barcelona en Montjuïc.

8.- Y lo hasta ahora expuesto debe ponerse en comparación con la actuación anterior de la Generalitat de Catalunya ante la suspensión de la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, *de consultas populares no refrendarias y de otras formas de participación ciudadana*, que fue publicada en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya (en adelante DOGC) del día 27 de septiembre de 2014 y del Decreto del Presidente de la Generalitat de Catalunya 129/2014, de 27 de septiembre, *de convocatoria de consulta popular no refrendaria sobre el futuro político de Catalunya*, que promovió la celebración de una consulta popular, para que se pronuncien sobre si Catalunya debe ser un Estado y, en caso afirmativo, si debe constituirse en un Estado independiente; fijándose como fecha de celebración de la consulta el 9 de noviembre de 2014.

El Gobierno de la Nación interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2014 y el Decreto de convocatoria de la consulta (en concreto, consta que impugnó los arts. 3 a 39, las disposiciones transitoria primera y segunda y la disposición final primera de la Ley 10/2014). Asimismo, impugnó el Decreto 129/2014, de convocatoria de la consulta por el trámite del Título V de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC). Ambos recursos fueron admitidos a trámite por sendas providencias de 29 de septiembre de 2014, siendo publicadas en el BOE de 30 de septiembre de 2014, con efectos suspensivos.

Pues bien, ha quedado probado en la instrucción que los convenios realizados entre el Departament de Governació y el CIRE, cuyo objeto era la fabricación y suministro de material auxiliar para soporte a procesos electorales, fueron objeto de desistimiento por la Generalitat y se abonaron las partidas ya realizadas. En ese sentido, se dio cumplimiento a la suspensión decretada por el Tribunal Constitucional por providencia de 29 de septiembre de 2014, como así resulta de la declaración de la Hble. Consellera Ortega i Alemany, testifical de la

Sra. Abad Giralt, directora del CIRE, y de la documental aportada a esta instrucción. Así, consta que la Secretaria General del Departament de Governació ordenó desistir de los dos convenios con el CIRE (de fechas 23 y 27 de septiembre) en fecha de registro de salida 1-10-2014. En fecha 17-10-2014 se liquidaron las partidas efectivamente realizadas, según acta de comprobación material de 17-10-2014. En cambio, el tercer convenio, de 17 de octubre, específico para el proceso participativo, por un importe de 50.317,31 euros, IVA incluido, no fue desistido.

Tras el dictado de la providencia de fecha 4 de noviembre por parte del Tribunal Constitucional, ello no dio lugar a la suspensión o resolución de los contratos existentes con las empresas privadas, sino que los mismos fueron llevados a término, pese a la suspensión decretada de llevar a cabo la consulta y de las operaciones de preparación de la misma y vinculadas a ella.

Y resulta muy destacable que cuando uno de los contratistas T-SYSTEMS, solicita si debe cumplir su encargo, en atención al dictado de la providencia de 4 de noviembre, se contesta por parte del entonces Conseller de Presidencia al director del CTTI, para que traslade su respuesta, que sí debe cumplir y que para el caso de incumplir este u otro contratista pone a su disposición a los servicios jurídicos de la Generalitat.

Tampoco, a diferencia de lo que había acontecido con los convenios previos del CIRE, de 23 y 27 de septiembre de 2014, se procedió al desistimiento del Convenio del CIRE de 17-10-2014, cuyo objeto era el material para el proceso participativo.

9.- En consecuencia, se continuó con los actos de preparación y organización que, como se ha indicado, no se llevaban a cabo solo por voluntarios, sino que participaron empresas privadas durante los

días 4 a 9 de noviembre y con posterioridad a la jornada de votación, con el conocimiento y acuerdo de los investigados.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero.- Los hechos referidos están indiciaria y provisionalmente acreditados por la prueba documental que obra en las actuaciones, por las testificales practicadas, por la pericial efectuada por la Guardia Civil, así como también por las declaraciones de los investigados en la presente causa.

Segundo.- Los hechos antes indicados, a los solos efectos del dictado de la presente resolución judicial, pueden ser constitutivos de los delitos de desobediencia y prevaricación administrativa llevados a cabo por los Sres. M. Hble. Artur Mas i Gavarró, entonces President de la Generalitat de Catalunya y por las entonces Conselleras Hbles. Sras. Joana Ortega i Alemany e Irene Rigau i Oliver.

Los investigados ostentan, a los efectos de responsabilidad penal, la calificación de funcionarios o autoridad según lo previsto en el artículo 24 del Código Penal.

Tercero.- Participación de los investigados en los hechos indiciarios antes referidos

1.- El entonces Presidente de la Generalitat de Catalunya, M. Hble. Artur Mas i Gavarró, conocía desde el mismo día 4 de noviembre la providencia del Tribunal Constitucional por la cual debía dejar sin efecto la convocatoria del 9N y proceder a detener todos aquellos procedimientos en los diferentes Departaments para dar cumplimiento a la resolución del Tribunal Constitucional, toda vez que la misma ordenaba la suspensión también de los actos de preparación y vinculados a ello.

Manifestó ante los medios de comunicación y ante esta instrucción, en su declaración, que el proceso no se llevaría a cabo por la Generalitat sino por medio de voluntarios, de manera que el proceso quedaba en manos de particulares. Expuso que desde el día 4 de noviembre de 2014, todas las actuaciones del Departament de Presidencia, Governació y Ensenyament se ejecutaron por medio de voluntarios. Explícitamente, se explicó que se decidió seguir adelante porque se cambió el formato.

Indiciariamente, y con el carácter provisional que caracteriza a esta fase de investigación, se han señalado los indicios o principios de prueba que apuntan en una dirección contraria. Esto es, que intervinieron contratistas privados contratados por la Generalitat tras el día 4 de noviembre y en especial durante los días 7, 8 y 9 de noviembre, de manera que sin ellos el proceso participativo no hubiera podido llevarse a cabo, pues, entre otros extremos, les competía a ellos algo tan esencial como el suministro e instalación de los programas informáticos para permitir la votación y el traslado e instalación de los ordenadores en los puntos de votación, así como la recepción y tratamiento de datos en el CTTI.

Por lo tanto, consintió y no paralizó los diferentes procedimientos de contratación, algunos de carácter tan evidente como la preparación de un centro de prensa en Montjuïc, que según señala fue decisión de la Conselleria de Presidencia, para informar públicamente de los resultados, la fabricación e instalación del software informático o la difusión de contenido de la campaña institucional en los medios de comunicación, se comprometían recursos públicos de la Administración catalana.

2.- La Vicepresidenta Hble. Sra. Joana Ortega i Alemany, Consellera de Governació i Relacions institucionals llevó a cabo toda una serie de actuaciones orientadas a preparar y celebrar la consulta del 9N, en

coordinación con el President de la Generalitat. Así, a instancias de su Departament se contrató un suplemento del seguro de accidentes para los voluntarios, la construcción de la página web se encomendó al CTTI, a la par que encargó la arquitectura informática necesaria para que la jornada del 9N fuese operativa, lo que ya se ha visto que derivó en las contrataciones de las mercantiles T-SYSTEMS y FUJITSU. También se llevó a cabo el Convenio con el CIRE para la realización y suministro del material para la votación.

Y fue la Vicepresidenta, la que, a lo largo de la jornada y después de la finalización de la misma, procedió en el Centro de prensa internacional a dar publicidad a los resultados obtenidos.

Y ello no obstante, la Consellera declaró haber tomado conocimiento de la suspensión del proceso de participación del 9N, por parte del Gabinete jurídico de la Generalitat de Catalunya el mismo día 4 o el 5 de noviembre, haber recibido una carta de la Subdelegada del Gobierno en la que se requería a la Consellera que no llevara a cabo actuaciones contra la providencia del Tribunal Constitucional y haber indicado que a partir de la suspensión todo el proceso estaba en manos de los 42.000 voluntarios, se autogestionaba y no era posible suspender el proceso.

3.- La Consellera d'Ensenyament, Hble. Sra. Irene Rigau i Oliver, como Consellera actuó de manera coordinada con los anteriores, ya que procuró mediante los jefes de los servicios territoriales que los directores de Instituto cedieran los mismos para su apertura como puntos de votación en la jornada del 9N, a la par que posibilitó que en los mismos durante los días 7 y 8 de noviembre se instalaran los ordenadores, el software necesario y el material para poder proceder a la votación.

Y ello, no obstante conocer que existía la suspensión de la convocatoria del 9N, así como las actuaciones preparatorias y

vinculadas a la misma, por parte del Tribunal Constitucional, haber recibido una carta de la Subdelegada del Gobierno que advertía de la obligación de acatar la providencia del Tribunal Constitucional, a la que respondió que no se llevó a cabo ninguna actuación contraria a la providencia del Tribunal Constitucional, y haber declarado que toda la organización iba a cargo de voluntarios. Refirió, asimismo, que se autogestionaba el proceso, que entre los mismos voluntarios se solventaban las posibles incidencias que pudieran aparecer, y que fueron ellos a buscar los ordenadores a los almacenes y los devolvieron a los mismos, cuando la instrucción demuestra lo contrario.

Cuarto.- Tipos penales en los que, indiciariamente y con la calificación provisional que merece esta fase de la investigación, podrían haber incurrido los investigados:

1.- Delito de **desobediencia grave**, previsto en el artículo 410. 1 CP *“Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.*

La existencia de la providencia del Tribunal Constitucional, de fecha 4-11-2014, determinaba la suspensión de la convocatoria del 9N, así como de los actos de preparación de la convocatoria y vinculados a ello. Al respecto, sin perjuicio de haberse interpuesto un recurso de súplica contra la citada providencia, el Gabinete jurídico de la Generalitat conocía que no gozaba de efectos suspensivos y en él, los letrados de la Generalitat indicaban al Tribunal Constitucional que de no resolver, no podría efectuarse la jornada de participación del 9N.

Añádase, en contra de lo sustentado por las defensas, acerca del planteamiento de recurso contra la providencia de 4 de noviembre del Tribunal Constitucional, lo expuesto por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 8 de abril de 2008 (**“Es claro, pues, que si la propia Sala de instancia reconoce que el requerimiento formulado por el Tribunal Supremo había sido dictado en el ámbito de las estrictas competencias que incumben a la Sala Especial del art. 61 y aparecía formalmente revestido de todos los requisitos exigidos para su eficacia, habría debido concluir que no cabe oponer a su cumplimiento un discurso jurídico de parte. O la resolución judicial encierra en sí todos los elementos necesarios para predicar de ella su imperatividad (art. 410.1 CP) o adolece de algún defecto estructural que permitiría activar la causa de justificación y exonerar de responsabilidad penal al requerido (art. 410.2 CP). Lo que no puede aceptarse es que entre una y otra opción se construya artificialmente una vía intermedia que estaría integrada por aquellas otras resoluciones judiciales que, pese a estar revestidas de todas las formalidades legales, son discutibles o cuestionables por los servicios jurídicos de quien resulta jurídicamente obligado a su acatamiento. Nuestro sistema constitucional ha querido, como garantía de su propio equilibrio y existencia, que la función jurisdiccional alcance la plenitud de lo resuelto. No es difícil imaginar los efectos asociados a una doctrina, con arreglo a la cual, la ejecución de lo acordado en cualquier proceso jurisdiccional, quedara condicionada a que el requerimiento formulado resultara ulteriormente avalado por quienes asumen la defensa jurídica del requerido”**).

Frente a esa orden de suspensión, comunicada personalmente al entonces M.Hble. President de la Generalitat, por parte del Presidente

del Tribunal Constitucional, así como al Gabinete jurídico de la Generalitat, dependiente de la Conselleria de Presidencia, y conocida también por las Conselleras d'Ensenyament i Governació, se manifestó públicamente y ante esta instrucción que desde esa fecha todo el proceso se encontraba en manos del voluntariado.

Por consiguiente, a diferencia de lo que sustentan las defensas, la orden de suspensión tenía un destinatario específico, como era el Presidente de la Generalitat, como se ha expuesto, y era inequívoca, tanto que el propio Gabinete jurídico de la Generalitat en el recurso interpuesto, en fecha 7 de noviembre de 2015, exponía en el punto sexto de su recurso que de no atenderse el recurso la consulta del 9 de noviembre no podría celebrarse.

No obstante, la instrucción ha puesto de relieve que, bajo la cobertura formal de la actuación del voluntario, sí se llevaron a cabo actuaciones contrarias a la providencia referida, que antes han sido enumeradas, por parte del M.Hble. President de la Generalitat y de las Conselleras investigadas.

Y, en ese sentido, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto (cfr. STS 54/2008, de 8 de abril) que la negativa abierta y directa no puede identificarse necesariamente con negativa expresa: **"Este fragmento sintetiza el criterio del Tribunal de instancia para negar la falta de tipicidad de la conducta de los imputados. De su lectura se desprende, pues, que el delito de desobediencia no puede afirmarse por tres razones básicas: a) no existió una negativa abierta y directa, ya que nunca se formuló expresamente tal negativa; b) todos los requerimientos que dirigió el Tribunal Supremo al Presidente del Parlamento fueron contestados sin mencionar aquella negativa; c) incluso, en la respuesta de la Mesa del Parlamento Vasco de fecha 30**

de junio de 2003, Marcelino expresó de forma manifiesta que no quería incurrir en delito de desobediencia.

El problema radica, a juicio de esta Sala, en que ninguna de esas circunstancias tiene entidad suficiente para descartar la existencia del delito.

En efecto, argumenta el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que no existió una negativa abierta y directa porque nunca fue formulada de forma expresa esa negativa. Tal línea de razonamiento no es aceptable, en la medida en que identifica negativa abierta y directa con negativa expresa. Nada de eso se desprende del art. 410.1 del CP, ni de la jurisprudencia de esta Sala que ha interpretado el alcance de ese precepto. Conviene tener presente que una negativa no expresa, ya sea tácita o mediante actos concluyentes, puede ser tan antijurídica como aquella que el Tribunal a quo denomina expresa y directa. El carácter abierto o no de una negativa no se identifica con la proclamación expresa, por parte del acusado, de su contumacia en la negativa a acatar el mandato judicial. Esa voluntad puede deducirse, tanto de comportamientos activos como omisivos, expresos o tácitos”.

Y también ha incluido en el tipo del delito de desobediencia aquellas conductas que de forma encubierta y bajo apariencia de legalidad intentan evitar el cumplimiento de la resolución. Así, la STS de 18-10-2012 expone que **“La correcta aplicación del referido artículo 410 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), toda vez que la conducta de los recurrentes, según viene descrita en la Sentencia recurrida, se subsume en el referido precepto por mucho que, como ya se ha dicho, esas acciones, de evidente incumplimiento de los mandatos judiciales, se efectuaron intentando, en todo momento, obstaculizar los efectos y**

consecuencias de las decisiones de la jurisdicción contenciosa-administrativa de una forma encubierta y dotándola de apariencia de legalidad, claramente advertida y reprochada por el Tribunal de instancia”.

En ese orden de ideas, las actuaciones llevadas a cabo por el M. Hble. President y cada uno de los Consellers en el ámbito de su esfera de responsabilidad podrían constituir, indiciariamente, el tipo delictivo de desobediencia, toda vez que los comportamientos, amparados bajo la actuación de los voluntarios, pero necesarios y nucleares para llevar a término el proceso y que pudiera desempeñarse la jornada de votación, se impulsaron y promovieron por los mismos, al no dejar sin efecto los convenios y los contratos que amparaban los servicios por parte de contratistas privados e incluso impulsar y desempeñar los actos antes referidos.

De ese modo, de modo intencional y consciente, y pese a la comunicación al M. Hble. President de la providencia del Tribunal Constitucional, que ordenaba la suspensión de la convocatoria y de los actos de preparación y vinculados a ella, bajo la cobertura de que la actuación se llevaba a cabo exclusivamente por los voluntarios, se negaron abiertamente, en el sentido antes indicado, a dar cumplimiento al mandato del Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que sostienen las defensas en su petición de archivo.

Y tampoco puede prosperar la pretensión de que se persigue una conducta despenalizada, como es la convocatoria de “referenda” ilegales, puesto que aquí no se analiza ni examina indiciariamente esa actuación, sino que el objeto del presente proceso lo constituye determinar si se incurrió en delito de desobediencia al no dar cumplimiento al mandato de suspensión contenido en la providencia del 4 de noviembre del Tribunal Constitucional, comunicada al

Presidente de la Generalitat de Catalunya para que suspendiera la consulta y los actos de preparación y vinculados a la misma.

Finalmente, se argumenta que para la realización del tipo se requiere la existencia de un requerimiento previo que sea desatendido. Como manifiesta el Ministerio Público en su escrito de 21-03-2016, el requerimiento no constituye un elemento típico del delito. Así, la STS 20 de enero de 2010 sustenta que **"De otra parte y ya con carácter general, la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el delito de desobediencia ha destacado que este delito requiere la existencia de una orden expresa que sea desobedecida, exigencia es continuamente señalada por la jurisprudencia de esta Sala. Así en las [SSTS 285/2007 \(RJ 2007, 2441\)](#) y [394/2007 \(RJ 2007, 5597\)](#), por citar dos Sentencias recientes, destacan "el delito de desobediencia, desde el punto de la vista de la tipicidad, requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) la existencia de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias; b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde"**.

Y el Auto de esta Sala 37/2014, de 24 de marzo, ha expuesto que: **"Como indica el Tribunal Supremo Sala 2ª (por todos [ATS 6-5-2013 \(JUR 2013, 17324\)](#)): La responsabilidad penal sólo**

puede afirmarse de aquella actitud renuente al acatamiento de la resolución judicial que, además, colma los elementos del tipo objetivo y subjetivo descritos en el art. 410.1 del CP (STS 54/2008, 8 de abril (RJ 2008, 1325)). También hemos puntualizado que este delito requiere la existencia de una orden expresa que sea desobedecida (STS 8/2010, 20 de enero (RJ 2010, 1268)) y que la palabra "abiertamente" ha de ser identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca (SSTS 54/2008, 8 de abril y 263/2001, 24 de febrero (RJ 2001, 2317))”

La ausencia de requerimiento no impide la apreciación de la desobediencia, pues como sustentó el TS /STS 1615/2003, de 1 de diciembre): *“El razonamiento de la Sala de instancia es correcto y acertado al señalar que la falta de la notificación de la sentencia o de un requerimiento expreso, no puede impedir la calificación de que los hechos probados se ha efectuado, por cuanto es evidente que el acusado conocía el mandato expreso, e incluso el anterior posteriormente modificado, pues es un hecho derivado el que ni tan siquiera permitió a la madre el ejercicio del derecho de visitas, su actitud fue de abierta negativas a reconocerla, con grave menoscabo al principio de autoridad, persistiendo contumazmente en la actitud desobediente”*.

Por lo expuesto, y sin perjuicio de que ello pueda, en su caso, ser analizado en el plenario, no impide que a los efectos del dictado de este Auto pueda admitirse que indiciariamente se incide en la conducta de la negativa abierta y directa a dar el debido cumplimiento a las resoluciones que emanan de autoridades superiores.

2.- Delito de **prevaricación administrativa** del artículo 404 CP, en la redacción vigente en el momento de los hechos (*"A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años"*).

La STSJM de 4-05-2015, recoge la jurisprudencia relativa a la prevaricación administrativa y señala que **"Esa es la conclusión a la que ha llegado la jurisprudencia al restringir el delito de prevaricación administrativa a las ilegalidades severas y dolosas; contradicción con el Derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre (LA LEY 1259/2001) [RJ 2000, 9963]), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y, entre ellas, se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre (LA LEY 221828/2001) [RJ 2002, 1791] y STS núm. 76/2002, de 25 de enero (LA LEY 3420/2002) [RJ 2002, 3568])"**.

La STS núm. 149/2015, de 11 de marzo enseña que: **"El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses**

generales. 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE (LA LEY 2500/1978)). 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, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras). Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002 , núm. 1015/2002 (LA LEY 5760/2002), entre otras) "el delito de prevaricación 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) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...". El Código Penal de 1995 (LA LEY 3996/1995) ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como "arbitrarias" las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 (LA LEY 652/2005), caso Intelhorce)".

Por su parte, la STS 152/2015, de 25 de febrero, en cuanto al elemento subjetivo de la prevaricación administrativa, dictamina que **“La STS 815/2014, de 24 de noviembre (LA LEY 185839/2014), dice, citando la STS 766/1999, de 18 mayo, que el elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas». Se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) 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, como se indica en la Sentencia de 29-10-1998, a la que también se remite, 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”.**

En el presente caso, de manera indiciaria, se ha señalado que, para conseguir la realización de su voluntad y anteponer la misma a la suspensión ordenada por el Tribunal Constitucional, y con conciencia de que no iban a dar cumplimiento a la misma, los investigados omitieron el dictado de aquellas resoluciones administrativas necesarias para impedir que el proceso participativo del día 9 de noviembre de 2014 se llevara a cabo.

En este último orden de ideas, cabe incurrir, indiciariamente, en responsabilidad por prevaricación en su modalidad de comisión por omisión, cuando es obligado llevar a cabo una concreta actuación

administrativa y el omitirla equivale a denegarla. Así la modalidad de la prevaricación por omisión fue admitida por el Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal del TS de 30 de junio de 1997 y lo recogen las SSTS de 17 de julio de 2012 y de 23 de octubre de 2013. Esta última enseña que **“En relación con esta última afirmación, ha de recordarse que la doctrina de esta Sala ha admitido la prevaricación omisiva en supuestos excepcionales (SSTS de 2 de julio de 1997 (RJ 1997, 5684), 9 de junio de 1998 (RJ 1998, 5161), 426/2000 de 18 de marzo (RJ 2000, 2223), 647/2002, de 16 de abril, y 1382/2012[sic], de 17 de julio (RJ 2002, 7461), así como acuerdo plenario de 30 de junio de 1997), concretamente en aquellos casos especiales en que era imperativo para el funcionario dictar una resolución y en los que su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación, en la medida que la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) de Régimen Administrativo Común equipara en supuestos específicos los actos presuntos a las resoluciones expresas”**.

Ello significa que no puedan ser acogidas aquellas alegaciones de las defensas que pretenden calificar determinadas decisiones como políticas, y por ende excluidas del ámbito de la prevaricación administrativa, cuando fueron adoptadas en el seno de diferentes procedimientos administrativos y, por ende, sujetos a control jurisdiccional, ni tampoco que pueda mantenerse que no existen presuntas resoluciones prevaricadoras.

Asimismo, se adoptaron aquellas resoluciones decisorias y necesarias, algunas en forma verbal, para poder llevar a cabo el proceso de participación del 9N, como fue el impulsar y promover la construcción e instalación del software, la cesión de los centros docentes, el traslado de los ordenadores a los puntos de votación y la instauración de un centro internacional de prensa para dar publicidad a los

resultados. Desde esta óptica, complementaria con la anterior, pues por una parte se omitían las resoluciones necesarias para detener el proceso (como desistir de los convenios en marcha o resolver los contratos con los particulares), y por otra se efectuaban mandatos o resoluciones de carácter verbal, la jurisprudencia ha aceptado que también las resoluciones verbales emanadas de las autoridades si son arbitrarias pueden incidir en el tipo de la prevaricación.

Así, la STS de 3-09-2014, sustenta que: **“La sentencia sometida al presente control casacional en el f.jdco. segundo, justifica la concurrencia de todos y cada uno de los elementos que integran el delito de prevaricación administrativa .**

La condición de autoridad o funcionario público del sujeto activo del delito --en este caso de Clemente -- ni siquiera ha sido cuestionada, basta recordar que a la sazón era Teniente de Alcalde del Ayuntamiento, se trata de un delito especial propio, solo de posible comisión por quien debe la condición de autoridad o funcionario público. En relación a los otros dos condenados y recurrentes -- Inocencio y Roberto -- es claro que no tienen tal condición, lo que no es óbice para que de acuerdo con el art. 28 del Cpenal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , como tales *“extraneus”* puedan ser no autores materiales del delito de prevaricación, pero sí autores por cooperación necesaria como así les califica la sentencia recurrida, siendo unánime la jurisprudencia de esta Sala en relación a la punición del extraneus. En tal sentido, SSTS 1493/1999 (RJ 1999, 9436) ; 501/2000 (RJ 2000, 2441) ó 627/2006 (RJ 2006, 6295) , entre otras, bien que de acuerdo con el art. 65 del Cpenal incurran en una penalidad inferior *“....los jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en un grado....”* .

La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta por parte de Inocencio en el primer caso, y con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y el contrato laboral en el tercero. Hay que recordar que por resolución administrativa debe de entenderse cualquier resolución - -escrita o no-- que tenga carácter decisorio. En definitiva debe de tratarse de un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio y que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general -- STS 627/2006 --. Tal acto administrativo no está sujeto a un rígido esquema formal "*....admitiendo la existencia de actos verbales....*" . STS de 8 de Junio 2012 (RJ 2012, 6737) .

En relación al caso de autos resulta igualmente claro que la decisión del recurrente de conceder las cantidades reflejadas en el *factum* a dos miembros de su partido afectan a la colectividad en general por cuanto supone un claro perjuicio para los intereses públicos de la colectividad en materia tan sensible como son los caudales públicos. Los contratos y órdenes de pago dados por el recurrente constituyen a no dudar una resolución de carácter decisorio que afectó a los intereses de la comunidad.

La condición arbitraria de la resolución es un aliud cualitativamente diferente de la mera ilegalidad que puede ser revisada vía recurso contencioso administrativo. La contradicción patente y clamorosa con el derecho puede manifestarse según reiterada jurisprudencia, a) bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, b) bien porque no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento, c) bien porque el fondo de la

misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente y d) suponga una grave desviación de poder --STS 727/2000 (RJ 2000, 9963)--. En definitiva, se está ante una decisión prevaricadora como se dice en la sentencia recurrida (pág. 10) cuando se está ante un ejercicio arbitrario del poder ; arbitrariedad que es la misma negación del derecho y que está expresamente prohibida en el art. 9-3 de la Constitución (RCL 1978, 2836) .

Como recuerda esta Sala en las SSTS de 23 de Mayo de 1998 (RJ 1998, 4256) ; 4 de Diciembre de 1998 ; 766/1999 (RJ 1999, 3823) ; 2340/2001 (RJ 2002, 1791) ; 730/2008 ; 725/2009 (RJ 2009, 6675) ; 340/2012 , y más recientemente 743/2013 de 11 de Octubre (RJ 2013, 6936) :

"...Se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico, sino, pura y simplemente, producto de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa...."

En definitiva y como también se dice en otras resoluciones de esta Sala, la condición arbitraria de la resolución y su manifiesta contradicción con el derecho, se manifiesta cuando lo decidido no es sostenible ni admisible desde ningún método aceptable de interpretación de la Ley -- STS 1497/2002 (RJ 2002, 8169) -- porque --como se dice en el propio hecho probado con reiteración-- solo en la voluntad del funcionario encuentra su justificación la decisión concernida".

Y acerca de la negada arbitrariedad, nótese que lo que aquí debe enjuiciarse es si el no dictado de resoluciones administrativas cuando procedía hacerlo y/o el dictado de resoluciones verbales para impulsar aquello que había sido suspendido por mandato del Tribunal Constitucional, supone enfrentarse abiertamente con la orden de suspensión, así como haber empleado mecanismos para eludir esa suspensión, pese a la apariencia de que el proceso solo se llevaba a cabo por voluntarios. Por lo tanto, y sin perjuicio de que pueda plantearse, en su caso y en su día, un concurso entre el eventual delitos de desobediencia y de prevaricación administrativa, la petición de archivo por los motivos aducidos no puede ser acogida.

TERCERO.- De conformidad con lo expuesto hasta ahora, debe rechazarse la petición de sobreseimiento libre, solicitada por la dirección letrada de los investigados, según escritos de 8 de marzo de 2016.

CUARTO.- De lo actuado resulta la pertinencia de acordar la continuación de la tramitación conforme a los artículos 780 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO.- No ha lugar a decretar el sobreseimiento interesado por las representaciones procesales de los Sres. M. Hble. Artur Mas i Gavarró, y de las Sras. Hbles. Irene Rigau i Oliver y Joana Ortega i Alemany.

SEGUNDO.- Continuar la tramitación de la causa contra el Sr. Artur Mas i Gavarró y los Sras. Irene Rigau i Oliver y Joana Ortega i Alemany, de conformidad con lo previsto en los artículos 780 y siguientes de la LECr, por los presuntos delitos de desobediencia y prevaricación administrativa

TERCERO.- Dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la acusación popular para que, en el plazo de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, para los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 780 LECR.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, que podrán interponer subsidiariamente con el de reforma o por separado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución (si se interpone la apelación subsidiariamente al de reforma, este último debe interponerse en el plazo de tres días).

Lo manda y firma el Ilmo. Sr. Joan Manel Abril Campoy, Magistrado Instructor de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia. Doy fe.