



TENIENTE FISCAL

Excmo. Sr.: D. Luis NAVAJAS RAMOS

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

OFICIO

FECHA: 6 de Febrero de 2017

ASUNTO: Diligencias de Investigación 1/2017

DESTINATARIO: Excmo. Sr. D. Francesc HOMES MOLIST.

Diputado en el Congreso de los Diputados

Calle Balmes, 224, 3º-1º

08006 – BARCELONA

Excmo. Sr.:

Adjunto le remito Decreto de esta fecha, dictado en las Diligencias de Investigación 1/2017, incoadas en virtud de la denuncia formulada por V.E., contra el Excmo. Sr. D. Mariano RAJOY BREY, Presidente del Gobierno de España, Excmo. Sr. D. Alfonso ALONSO ARANEGUI ex Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, y contra la Excmo. Sra. D^a Susana CAMARERO BENITEZ, ex Secretaria de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por posibles delitos de desobediencia y prevaricación administrativa, al los efectos oportunos.

Saludos

Luis NAVAJAS RAMOS

TENIENTE FISCAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Beatriz Soto Rivero
Secretaria Particular
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo
Telf.: 913352141
Fax: 913352298
E-mail:
fiscalia.ts.teniente@fiscal.es
beatriz.sotorivero@justicia.es

C/ Fortuny nº 4
28071 MADRID



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

Diligencias de investigación penal 1/2017

Decreto del Excmo. Sr. Fiscal

ANTECEDENTES

Con fecha 31 de Enero de 2017 y por el Diputado al Congreso, D. Francesc Homs Molist, se presentó escrito de denuncia contra D. Mariano Rajoy Brey, Presidente del Gobierno, D. Alfonso Alonso Aranegui, ex Ministro de Sanidad y D^a Susana Camarero Benítez ex Secretaria de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

Señala el escrito de denuncia que “la sentencia del Tribunal Constitucional (de 17 Enero 2017) dictamina de forma clara y contundente que la resolución (de 18 Mayo 2016) de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno de España invade las competencias que corresponden a la Generalitat en materia asistencial”, agregando más tarde que “de forma reiterada, el Gobierno de España trata de eludir la doctrina del TC y sus sentencias referidas a dicha materia con subterfugios y maniobras legislativas, aprobando nuevos marcos normativos mediante los que se intenta justificar que las mismas subvenciones, concedidas a las mismas entidades benéficas y por el mismo objeto, tienen ahora encaje en otras materias competenciales diferentes que por sus características requieren la gestión centralizada (...) A pesar de toda la doctrina y las reiteradas sentencias del TC, el Gobierno de España, con sus extensiones del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, insisten, una vez más, en desobedecer las resoluciones del más Alto Tribunal español, desoyendo sus reiteradas y constantes sentencias sobre la regulación de las subvenciones”.



Concluye el denunciante poniendo de manifiesto que, a su juicio, “es evidente la voluntad manifiesta del Presidente del Gobierno de España, del ex Ministro Alfonso Alonso y de la ex Secretaria de Estado de esquivar y desobedecer las resoluciones del TC, hasta el punto de que el Alto Tribunal ha tenido que hacer una consideración especial a la obligación que tienen todos los poderes públicos del cumplimiento de sus sentencias y a la lealtad institucional a la que están obligados también todos los poderes públicos (...).

El Presidente del Gobierno, el ex Ministro y la ex Secretaria de Estado han desobedecido reiteradamente las resoluciones del Tribunal Constitucional siendo plenamente conscientes de que estaba desobedeciendo el mandato expreso y concreto del TC, y han dictado resoluciones arbitrarias a sabiendas de su injusticia”.

CONSIDERACIONES

I. Descritas por el denunciante las que, a su juicio, son las conductas atribuibles a los denunciados, concluye afirmando que “la reiteración de los denunciados en el incumplimiento de las sentencias del TC para imponer su voluntad y atribuirse las competencias que no tienen en cuanto a la convocatoria de las referidas subvenciones, pueden constituir un delito de prevaricación administrativa y un delito de desobediencia”.

Comenzando por la más grave las conductas atribuidas, la prevaricación administrativa aparece descrita en el art. 404 CP en los siguientes términos “a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo, se le castigará ...”.



En torno al delito de “prevaricación”, en general, administrativa o judicial, ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la referencia que a la “injusticia” se hace en los arts. 404, que ahora nos ocupa, y 446 del CP, supone un plus respecto de la mera ilegalidad que puede ser corregible por vía de recurso. Tal “injusticia” tiene un claro matiz objetivo y su acreditación resulta de la mera comprobación de la resolución y de su examen documental.

La STS 959/2005, de 18 de Julio, siguiendo la estela de resoluciones anteriores del mismo Tribunal, señala que “la prevaricación administrativa consiste en el actuar del funcionario público dictando, a sabiendas, una resolución arbitraria. Con el precepto penal se pretende una actuación de los funcionarios públicos sujeta al sistema de valores proclamado en la Constitución, concretamente, una actuación dirigida a servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la ley y al Derecho (arts. 103 y 106 CE) (...) y se produce cuando se vulneran abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, de igualdad de oportunidades, de legalidad, etc., que conforman la actuación de la Administración. Además, el principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden contencioso administrativo, sino sólo aquellas que vulneran patentemente los principios de actuación básica de la Administración (...) y es por ello que el derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias a derecho, ni las que lesionan el bien jurídico, sino tan sólo las modalidades de agresión mas peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge, no de la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino de la trasgresión



o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública. Se hace necesario que la resolución injusta sea dictada a sabiendas de su obrar torticero”.

Otras sentencias del mismo Tribunal han señalado los criterios de diferenciación entre el ilícito administrativo, susceptible de corrección por la propia Administración y la jurisdicción administrativa, del ilícito constitutivo de delito.

Así, en las SSTS de 28 de Noviembre de 1994 y 7 de Febrero de 1997, se afirma que el ilícito administrativo constitutivo de la figura penal que comentamos "debe alcanzar la categoría de manifiesta, insufrible para la armonía del ordenamiento jurídico que no soporta, sin graves quebrantamientos de sus principios rectores, que las Administraciones Públicas se aparten de los principios de objetividad y del servicio de los intereses generales que le vienen impuestos por la Constitución (...) el Derecho Penal sólo justifica su aplicación en los supuestos en los que el acto administrativo presente caracteres notoriamente contradictorios con los valores que debe salvaguardar y respetar, (...) la ilegalidad debe ser clara y manifiesta”.

Especialmente significativa para el caso que nos ocupa nos parece la STS 363/2006, de 28 de Marzo, donde se hace una descripción de las conductas que integran el núcleo de la prevaricación administrativa, señalándose que “la resolución arbitraria en un asunto administrativo implica, sin duda, su 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



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

de poder (STS 727/2000, de 23 de octubre), 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 (...) En el sentido indicado, el funcionario público ha de actuar con vulneración patente de las exigencias establecidas en el art. 103 de la Constitución, a cuyo tenor, la Administración sirve con objetividad los intereses generales, y con sometimiento a la Ley y al Derecho con garantía de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”

A modo de corolario final, la STS 755/2007, de 25 de Septiembre concluye 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 del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis”.

II. Ninguno de estos requisitos, ni objetivos, ni subjetivos, es apreciable en la resolución administrativa a la que la denuncia se contrae, esto es, la emitida por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad el 18 de Mayo de 2006, al amparo de la Ley 38/2003, de 17 de Noviembre, Ley General de Subvenciones, y de la que se deduce una asunción de competencias por parte del Estado, a través del Ministerio de Sanidad que,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

como se desprende de la STC de 19 de Enero de 2017, resulta inadecuada, implicando una vulneración de las competencias autonómicas de la Generalitat catalana, y que queda solventada mediante la resolución del Alto Tribunal, que pone las cosas en su sitio y determina qué Administración resulta competente en el caso concreto, esto es, la autonómica.

Cuestión resuelta.

Por otro lado, y para finalizar este apartado, es de destacar que ningún perjuicio a los administrados se ha causado en el caso concreto porque, tal y como pone de manifiesto la STC de 19 de Enero de 2017 (antecedente 3º b, in fine) “el planteamiento del conflicto de competencias positivo (iniciado por la Generalitat de Cataluña y que da lugar a la sentencia) resulta preventivo, al no ir dirigido en su sustancia objetiva contra una supuesta infracción competencial ya ocasionada”.

III. Pasando a ocuparnos del segundo de los tipos penales que sustentan la denuncia, el delito de Desobediencia del art. 410 CP, señala este precepto que es aplicable a “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 ...”.

Pone de relieve el Tribunal Supremo (STS 1095/2009, de 6 de Noviembre, que “la desobediencia lo que realmente ha de suponer es una conducta, decidida y terminante, dirigida a impedir el cumplimiento de lo dispuesto, de manera clara y tajante a su vez, por la Autoridad competente, ya que el hecho de que se requiera la debida acreditación de la notificación de esa decisión, e incluso de un requerimiento para ser acatada aunque sin llegar a la necesidad del apercibimiento respecto de la posible comisión del



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

delito tiene, como único fundamento y razón de ser, el pleno aseguramiento del conocimiento, por parte del desobediente, del mandato incumplido, es decir, su propósito resuelto de incumplir deliberadamente éste”.

IV. A partir de esta referencia jurisprudencial, que no es sino reflejo puntual de lo que es una línea uniforme de pronunciamientos del Tribunal Supremo (SSTS 285/2007, 394/2007 y 8/2010) donde se destaca que "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”, resulta jurídicamente insostenible que la conducta descrita por el denunciante y atribuida a los denunciados, y llevada a cabo después de la sentencia del TC de 19 de Enero de 2017, pueda ser incardinada en el tipo penal de la desobediencia del art. 410, máxime, si se tiene en cuenta que la finalidad y objeto de tal resolución constitucional es, llanamente, resolver un “conflicto positivo de competencias” suscitado cuando dos órganos constitucionales: el Gobierno de la Nación y el de una Comunidad Autónoma se disputan la atribución de una competencia concreta en materia de subvenciones estatales destinadas a la realización de programas de interés general con cargo a la asignación tributaria del IRPF, y que finalmente el TC otorga al órgano de gobierno autonómico.



Ni siquiera el hecho alegado por el denunciante, y debidamente constatado, de que no era ésta la primera vez que el Tribunal Constitucional resolvía un similar conflicto positivo de competencias, y siempre en sentido favorable a la competencia autonómica (STC 70/2013), a lo que se refiere el TC en el 2º de sus Fundamentos jurídicos, podría integrar el ilícito penal que se denuncia, si tenemos en cuenta la base jurisprudencial expuesta, pues tanto en este caso, como en los que le precedieron, el Gobierno de la Nación se habría limitado a atribuirse y disputar una competencia que más tarde, en todos los casos, el TC acabó decantando a favor del órgano de gobierno autonómico: la Generalitat de Cataluña, y sin que una vez resuelto el conflicto de competencias, ni en ésta, ni en anteriores ocasiones, el Gobierno de la Nación hubiera adoptado decisión o resolución alguna en contra de los resuelto por el Tribunal encargado de interpretar la Constitución. El denunciante, desde luego, no lo alega.

Finalmente, y sólo a título preventivo frente a otras interpretaciones que pudieran hacerse, y distintas de la que en este caso sustenta el Ministerio Fiscal, sólo añadir que el caso que nos ocupa: la presunta “desobediencia” a la sentencia del TC de 18 de Mayo de 2017, y a las anteriores resoluciones que en el mismo sentido hubiera podido pronunciar el Tribunal Constitucional, en modo alguno pueden asimilarse, para obtener consecuencias penales, con las situaciones derivadas de la Ley autonómica 10/2014, de Consultas populares no refrendarias, y el Decreto autonómico 129/2014, de Convocatoria de una consulta, disposiciones ambas recurridas en su momento por el Gobierno de la Nación y que dieron lugar a sendas resoluciones (providencias) del TC de 29 de Septiembre y 4 de Noviembre de 2014, presuntamente “desobedecidas”



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

más tarde, a criterio del Ministerio Fiscal, y que han dado lugar a procedimientos penales que se encuentran pendientes de resolución judicial.

En consecuencia, y en contemplación de las anteriores consideraciones,

DECRETO

El **ARCHIVO** de la denuncia, al amparo de los arts. **773.2** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, al no revestir los hechos denunciados el carácter delito.

Notifíquese esta resolución al denunciante, a los efectos previstos en el art. **773.2** de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Madrid, 6 de Febrero de 2017

El Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Luis Navajas Ramos