

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº de Recurso:20370/2009

Fallo/Acuerdo: Auto Archivo Querella o Denuncia

Procedencia: QUERELLA

Fecha Auto: 17/02/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

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

Escrito por: FGR

Causa Especial

Recurso N°: 20370/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Andrés Martínez Arrieta

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Febrero de dos mil diez.

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 24 de Junio pasado tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito del Procurador Sr. Ferrer Recuero, en nombre y representación del PARTIDO POPULAR DE ANDALUCIA formulando querella

contra el Excmo. Sr. DON MANUEL CHAVES GONZALEZ, Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial, así como contra DOÑA PAULA CHAVES IBORRA, hija del anterior y apoderada de MINAS DE AGUAS TEÑIDAS S.A. (MATSA), por los presuntos delitos de prevaricación, de malversación de fondos públicos y de tráfico de influencias.-

SEGUNDO.- Formado Rollo en esta Sala núm. 3/ 20370/2009, por providencia de 26 de Junio de 2009 se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Andrés Martínez Arrieta y se requirió al querellante por 10 días a los efectos del art. 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.-

TERCERO.- Presentado en el Registro General de este Tribunal con fecha 16 de Julio pasado por el Procurador Sr. Ferrer Recuero en representación del Partido Popular, escrito de ampliación y subsanación de querella, y cumplimentado el requerimiento de esta Sala de 26 de Junio por medio de comparecencia en Secretaria del Letrado con poder otorgado a tal efecto, DON JUAN RAMON MONTERO ESTEVEZ, por providencia de 17 de Julio se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente evacuó traslado con fecha 28 de Julio en el que DICE:

".....A la vista del contenido del escrito de la parte querellante, de 16 de julio de 2009, en el que textualmente se dice que "... se ha procedido a ampliar y subsanar el escrito de querella presentado...", de la comparecencia efectuada el siguiente día, así como de la providencia de la Sala, de 17 de julio, en la que "...se tiene por ratificado (al Partido Popular) en la querella y ampliación de la misma, formulada ante esta Sala contra el Excmo. Sr. Don Manuel Chaves González..." el Ministerio Fiscal interesa que por la parte o partes querellantes se determine, con carácter previo a la emisión del dictamen solicitado, quién es la parte querellante, esto es, si el Partido Popular (escrito de 16 de julio) o el Partido Popular de Andalucía (escrito de 24 de junio), o ambos, y si el querellado es el Excmo. Sr. D. Manuel Chaves (escrito de 16 de julio) o también debe otorgarse dicha condición a su hija (escrito de 24 de junio), ya que, además, se habla de "ampliación de la

querella" cuando, en realidad, se estaría tratando de una posible reducción de la misma, si es que no debiera considerarse como tal a la hija del aforado....".

QUINTO.- Cumplimentado el requerimiento anterior por medio de escrito presentado por el Procurador Sr. Ferrer Recuero en la representación que ostenta, en el Registro General de este Tribunal el 16 de septiembre, se dió traslado nuevamente al Ministerio Fiscal a fin de informar sobre competencia y fondo.

SEXTO.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente, evacuó traslado en fecha 29 de septiembre, en el que DICE:

".....Que en orden a la COMPETENCIA y siendo el querellado Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial corresponde el conocimiento de la presente querella a esa Excm. Sala, conforme a lo prevenido en el art. 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- Que en lo que hace referencia al CONTENIDO material y fondo de la querella se interesa la INADMISSION de la misma con arreglo a las siguientes consideraciones: PRIMERA.- Los hechos de los que la parte querellante entiende se deducen los ilícitos penales constitutivos de los delitos de prevaricación administrativa y de tráfico de influencias presuntamente imputados al Vicepresidente Tercero del Gobierno son en síntesis los siguientes: La concesión por parte de la Junta de Andalucía (Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, IDEA, de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa) de un incentivo a la Empresa MINAS DE AGUAS TEÑIDAS, en la que desde el 2 de julio de 2007, trabaja como empleada D Paula Chaves Iborra, hija del querellado, en aquel momento Presidente de la Junta de Andalucía, por importe de 10.093.472,70 euros, para la construcción de una planta de tratamiento mineral.-Que, el día 20 de enero de 2009, el querellado, en su condición de Presidente de la Junta de Andalucía y del Consejo de Gobierno de la misma, aprobó la concesión de dicho incentivo.- Que, para llegar a la concesión del incentivo que venimos haciendo referencia, el querellado introduce una modificación legislativa, a través del la Orden de 9 de diciembre de 2008, modificadora de la anterior (Orden de 19 de abril de 2007) que al exigir (art. 4.4) "inversiones en las labores de acceso a los yacimientos de las industrias extractivas" dejaba fuera de dicha normativa al proyecto presentado por MATSA para "la construcción de una planta de tratamiento mineral", lo que se corrige con la normativa vigente, pero quedando siempre como elemento, que

debió dar lugar a la denegación, el hecho de que no se cumplía el requisito "de no iniciar las inversiones antes de la presentación de la solicitud de ayuda".-Que la concesión del incentivo a la empresa MATSA va íntimamente unido al hecho de la contratación por la misma de la hija del querellado, que comienza su relación laboral el 2 de julio de 2007, como responsable del departamento Jurídico y con facultades de representación de la compañía.-De tal modo, que, según el querellante, la hija no es ajena al proyecto presentado por la empresa y de las escrituras de apoderamiento, otorgadas en su favor en fechas 17 de octubre de 2008 y de 14 de enero de 2009, se desprende que la resolución del Consejo Rector de la Agencia IDEA se produce "un día antes de la fecha del segundo apoderamiento" y que la aceptación del incentivo cuando es ratificado por el Consejo de Gobierno presidido por el querellado se realiza (20- 1-09) cuando el apoderamiento no se ha inscrito todavía en el Registro Mercantil de Huelva, lo que ocurre el 4 de marzo de 2009..- Que, si bien el Gerente Provincial de la Agencia IDEA en Huelva, en fechas 4 y 5 de noviembre de 2008, remite Propuesta de Incentivo en cuantía de 6.931.78035 euros (esto es, 15% de 46211.869 euros), cuantía que es sustituida en fecha 12 de mayo de 2008, por la suma de 10.093.472,7 euros (esto es, 15% de 67.289.818 euros) que es la definitivamente aprobada y que, a juicio del querellante, no tiene justificación.-Que, por último, para el querellante la existencia de los delitos que entiende fueron cometidos se justifica igualmente tanto por las irregularidades administrativas del expediente, lo que debió ser patente para cualquier autoridad o funcionario público que por razón de su cargo haya tenido que resolver sobre el contenido del mismo, como para el entonces Presidente de la Junta, que estaba afectado por la Ley 312005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía, que le obligaba a inhibirse del conocimiento del expediente administrativo. Además, el querellante señala, para finalizar la narración de los hechos en que fundamenta la presente querella, que hubo una discriminación palmaria a favor de MATSA frente a otras empresas del sector, señalando en concreto, " 1º.- De los tres proyectos mineros con mayor volumen inversión existentes en la zona, el señor Chaves sólo visitó e incluso inauguró, uno de ellos el de MATSAU. 2º.- Los avales tanto medioambientales como cuales quiera otros exigidos a los dos proyectos mineros arriba indicados fueron considerablemente superiores a los exigidos a MATSAU. 3º.- La subvención concedida a MATSAU es, proporcionalmente, la más elevada que se ha otorgado por la Agencia IDEA en este sector".- SEGUNDA. Presentada denuncia por el Sindicato Manos Limpias

ante la Fiscalía Superior de la Comunidad Andaluza contra, D. Manuel Chaves González,- Vicepresidente Tercero del Gobierno y Ministro de Política Territorial, la misma, dada la condición de aforado del denunciado fue remitida a la Fiscalía del Tribunal Supremo, quien, en fecha 29 de junio de 2009, acordó la apertura de Diligencias de Investigación Penal nº 8/2009, que fueron archivadas, en fecha 24 de julio de 2009, al entender que los hechos no eran constitutivos de los delitos de tráfico de influencias ni de prevaricación administrativa.- TERCERA. De los datos que constan en el expediente administrativo remitido a la Fiscalía del Tribunal Supremo por la Junta de Andalucía, Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, así como de la documental remitida por el hoy querellado en las Diligencias de Investigación Penal a las que anteriormente se ha hecho alusión, (se aportan con el presente escrito dichos documentos), pueden enunciarse los siguientes hechos: PRIMERO: El 11 de octubre de 2007 la empresa MINAS DE AGUAS TEÑIDAS SA. U. (MATSA en adelante) presentó, ante la Gerencia Provincial de Huelva de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA), de la Consejería de Innovación Ciencia y Empresa, tres solicitudes que se integraban en el Programa de Incentivos para el Fomento de la Innovación y el Desarrollo Empresarial de Andalucía. A la primera de ellas, que tenía por objeto la construcción de una rampa de acceso, se le otorgó el número de solicitud FIDEA 6679, y dió origen al expediente 540161; la segunda que pretendía la construcción de una planta de pasta y depósito de estériles, se la dió el número FIDEA 6647, y a la última, que pretendía la construcción de una planta de tratamiento mineral, se la concedió el número FIDEA 6021, dando lugar al expediente 540163.- La primera de las citadas solicitudes de incentivos fue desestimada por Resolución de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, de 24 de marzo de 2008, como consecuencia de propuesta denegatoria emitida por la Comisión de Valoración Provincial en su reunión de 17103/08, en base a que tratándose de un proyecto de inversión, éste se ha iniciado antes de la fecha de notificación de que dicho proyecto, cumple en principio con las condiciones establecidas en las bases reguladoras para ser considerado incentivable".- La segunda solicitud se halla, al parecer, en la actualidad en tramitación.- La tercera solicitud (la de la construcción de una planta de tratamiento mineral) a la que se contrae la querella, tras su tramitación en vía administrativa durante un periodo de tiempo superior a un año, el día 4/11/08, por el Gerente Provincial, se elevó a la Comisión de Valoración Autonómica, una Propuesta de Aprobación por importe de 10.093.472,70.- euros, Propuesta que fue aprobada en la referida cuantía por el

Consejo Rector de la Agencia en su reunión de 13 de enero de 2009. Al exceder el importe total del incentivo de la cuantía de 1.200.000.- euros requirió que el citado expediente pasara a la ratificación del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, lo que se hizo en la reunión del 20 de enero de 2009, siendo el incentivo aceptado por la empresa MATSA, en fecha 23/02/09.- SEGUNDO: La suma inicialmente solicitada por la empresa, (cuyo 15% de la misma integraría el importe del incentivo) fue de 95.973.606.- euros. Dicha cantidad fue rebajada por los Servicios de la Agencia de Innovación a la cantidad de 46.211.869.- euros (cuyo 15% ascendía a la suma de 6.931.780,35.- euros), para, con posterioridad aumentarla como consecuencia del incremento en el concepto obra civil” a la suma de 67.289.818.- euros cuyo 15% hace que el importe del incentivo definitivamente reconocido fuera de 10.093.472,70.- euros.- TERCERO: D. Paula Chaves Iborra, hija del aforado denunciado, presta servicios como licenciada en Derecho por cuenta y bajo MATSA desde el 2 de julio de 2007, habiendo asumido en tal condición funciones de representación de la compañía, que en lo que se refiere a los hechos a los que se contrae la presente denuncia se centran en la firma el 12 de febrero de 2009, de la notificación de la resolución del expediente de concesión el incentivo, y en la aceptación del mismo, lo que ocurre el 23 de febrero de 2009, fecha que es posterior al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. También el 25 de febrero de 2009, en su condición de apoderada interpone recurso de reposición, posteriormente estimado, impugnando la exigencia de incremento de capital social de MATSA. CUARTO: En la tramitación del expediente de concesión de incentivos a la empresa MATSA (nº 540163), por importe de 10.093.472,70.- euros, objeto de la presente denuncia, el denunciado participó como Presidente del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en la reunión celebrada el 20 de enero de 2009, en la que, como ya se ha dicho con anterioridad, se produjo la ratificación de la aprobación efectuada por el Consejo Rector de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA). No consta del expediente administrativo que el querellado efectuara algún tipo de gestión para la concesión del incentivo.- QUINTO: Por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 21 de julio de 2009, se acordó no incoar expediente sancionador, por las denuncias que dieron lugar a las Actuaciones Previas 09/420, al entender que el denunciado no incurrió en el deber de inhibición previsto en el art 7 de la Ley 3/2005, de 6 de abril de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración.- CUARTA Una vez establecidos los hechos, tanto los que fija la parte querellante en el escrito de

interposición de la misma, como los que a juicio del Ministerio Fiscal se desprenden del expediente administrativo correspondiente a la concesión del incentivo a la empresa MATSA, debe establecerse cuál es la doctrina de la Sala relativa a los delitos que se imputan al querellado: El delito de tráfico de influencias, conforme a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1996, recurso 305/1997, tanto en su antigua regulación (la del art. 404 bis c) del Código Penal de 1993), como en la actual (la de los artículos 428 y 429 del Código Penal vigente), "...presenta una indudable afinidad con el delito de cohecho ya que ambos tienen como finalidad o meta inicial evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos". Se caracteriza igualmente porque para "...conseguir del funcionario una parcial (o no del todo imparcial) decisión, se emplean en realidad medios.- distintos a las dádivas o presentes" y porque "... a diferencia de lo que ocurre con el delito de cohecho, en el que tan responsable es el cohechante como el cohechado, en el tráfico de influencias sólo se tipifica y sanciona la conducta de la persona que influye, careciendo de tipicidad la del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución (o se muestra dispuesto a adoptarla) que beneficie a la persona que ha influido en él siempre, eso sí, que la decisión adoptada no contenga los requisitos que tipifican el delito de prevaricación previsto en el art. 404 del vigente Código..."- En cuanto al delito de prevaricación, la sentencia de la Sala, de 4 de diciembre de 1998, recurso 1191/98, recogiendo la doctrina contenida en otras resoluciones anteriores, señala cuáles son los requisitos que deben concurrir para que se entienda cometido el mismo. Así, a tal fin, expresa que son "cuatro los mencionados requisitos. A) Desde el punto de vista del sujeto activo, éste debe ser un funcionario público, en cuyo concepto está comprendida asimismo la autoridad... B) El funcionario o autoridad debe dictar una resolución en asunto administrativo que, ante todo, deba reputarse contraria a derecho, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas de procedimiento en la génesis de la resolución, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder C) No es suficiente, sin embargo, que una resolución sea contraria a derecho para que constituya un delito de prevaricación. El control de la legalidad de los actos de la Administración corresponde, en principio, a la jurisdicción contencioso-administrativa y no sería compatible con una correcta articulación entre los poderes del Estado constitucional una sistemática criminalización de los

actos de la Administración que estuviesen en contradicción con la ley o implicasen desviación de poder, como acontecería si todo acto administrativo ilegal fuese considerado "injusto". Una resolución ilegal no es, sólo por ser ilegal, una resolución injusta. La injusticia supone un "plus" de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal.... El art. 404 CP vigente ha puesto el acento en el dato.., del "ejercicio arbitrario del poder" proscrito por el art. 9.3 CE. Se ejerce arbitrariamente el poder cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.., sino pura y simplemente, de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. .. D) para que el delito se entienda cometido, se requiere además que el funcionario actúe "a sabiendas" de la injusticia de la resolución que dicta."- QUINTA. Pues bien, trasladando la anterior doctrina a los hechos objeto de la presente querella se desprende que de ninguno de ellos puede afirmarse la existencia de los delitos de tráfico de influencias y de prevaricación administrativa. En cuanto al primero, porque no existe mínimo indicio de que el querellado, en su condición entonces de Presidente de la Junta de Andalucía, haya influido sobre otro u otros de los funcionarios de la Agencia IDEA en particular, o de la Consejería de innovación, Ciencia y Empresa, en general, bien dando una orden directa para que el expediente se resolviera de una manera concreta y determinada, bien tratando de influir en la resolución de quien no es inferior jerárquico directo. El querellado no ha realizado ninguna de las formas típicas de prevalimiento que prevé el art. 428 del CP, ya que su actuación se redujo a aprobar en Junta de Gobierno una concesión de incentivo que, de acuerdo con la cuantía reconocida, debía ser autorizada por el órgano que presidía, limitándose por tanto, a ratificar lo que ya se había establecido, en igual sentido, por las correspondientes instituciones de los órganos administrativos competentes.- Tampoco, del análisis de los hechos que se describen en la presente querella, concurren los elementos necesarios que permitan afirmar que nos hallamos en presencia de un delito de prevaricación administrativa, salvo claro está, la condición de autoridad que tenía el querellado en su condición de Presidente de la Junta de Andalucía. La parte querellante, en su esfuerzo acusador, no ha logrado designar un solo acto resolutivo que pueda ser considerado injusto. Es más, ni siquiera ha puesto de manifiesto irregularidades o carencias que, en teoría, pudieran adolecer el expediente administrativo y que pudieron dar lugar solamente a impugnaciones o censuras, bien en el ámbito administrativo, bien en el ámbito jurisdiccional contencioso-

administrativo, siendo necesario resaltar que, aun en el supuesto hipotético de que se hubieran producido dichas anomalías en la tramitación, nunca nos hallaríamos en presencia de una irregularidad de tal dimensión que supusiera haber prescindido total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento, que es lo que el tipo penal demanda.

Y ello, a juicio del Ministerio Fiscal es así como consecuencia de las siguientes consideraciones: El 11 de octubre de 2007 la empresa MATSA no presenta una solicitud de incentivo, sino tres: una dirigida a la obtención de incentivo para la construcción de una rampa de acceso; otra, que pretendía obtener una ayuda para la construcción de una planta de pasta y depósito de estériles y, una última, que es la que pretende obtener el incentivo para la construcción de una planta de tratamiento mineral (objeto de la presente querella). El órgano administrativo competente admite a trámite las dos últimas peticiones y rechaza la primera ya que la Comisión de Valoración Provincial, en sesión de 17/03 entiende que tratándose de un proyecto de inversión “éste se ha iniciado antes de la fecha de notificación de que dicho proyecto,... cumple en principio las condiciones establecidas es las bases reguladoras...”. El segundo proyecto no se sabe cuál es su estado actual, esto es, si sigue la tramitación o debe entenderse desestimado por silencio administrativo.- La única conclusión que puede obtenerse de las incidencias que se producen en la tramitación de los tres proyectos, es que dos se admiten porque formalmente cumplen los requisitos de admisibilidad establecidos por la normativa reguladora y el otro se rechaza precisamente por lo contrario.- Tampoco de la modificación de la Orden de 19 de abril de 2007, llevada a cabo por la Orden de 9 de diciembre de 2008, puede obtenerse la conclusión de que nos hallamos ante una maniobra legal dirigida a facilitar la consumación de los tipos delictivos enunciados en el escrito de querella. Ello es así, porque como se desprende de su Preámbulo, la referida disposición se dicta no solo para apoyar iniciativas empresariales inspiradas en la innovación, sino también para tratar de paliar la crisis económica por la que atraviesa la sociedad en su conjunto.- Lo que realmente importa a efectos de la presente querella es que la tramitación de la solicitud de incentivo se efectúa con arreglo a los criterios establecidos por la Orden de 2007, ya que era la vigente cuando se presenta la solicitud (11/10/2007), estaba en vigor cuando se admite a trámite el proyecto (18/10/2007) y cuando por el Gerente Provincial se eleva Propuesta de incentivo ante la Comisión Autonómica (4/11/2008). Sólo la resolución final de concesión (enero de 2009) y la ratificación del Consejo de

Gobierno (20 de enero de 2009) se producen al amparo de la nueva Orden, por aplicación de lo dispuesto en su disposición transitoria única, pero sin que, por tal circunstancia, se produjera modificación alguna del proyecto de concesión del incentivo.

Tampoco de la cuantía del incentivo que ha sido reconocida puede deducirse existencia de ningún delito. La inversión total prevista en el proyecto objeto de incentivo ascendía a la suma de 95.973.606.- euros. La misma es rebajada, en principio, como concepto de inversión incentivada a 46.211.869.- euros, para, posteriormente, ser fijada en 67.289.818.- euros al incorporarse todas las inversiones que tenían carácter de incentivables, entre ellas el importe de la obra civil. Cantidad a la que se aplicó el 15% para determinar el incentivo. De todas formas, sólo se incentivan dos terceras partes de la suma total solicitada por la empresa.- El hecho de que en la empresa MATSA, beneficiaria del incentivo, preste sus servicios la hija del entonces Presidente de la Junta de Andalucía no puede llevar a la conclusión de la existencia de delito alguno.-Desde luego no la del tipo previsto en el art. 429 del CP, ya que el propio querellante excluye a la misma del escrito de querella. Tampoco del art. 428 en cuanto que no ha quedado acreditado que el querellado hiciera, como ya se dijo, actividad alguna dirigida a tal fin. Tampoco la del establecido en el art. 404 del CP. Pensar que, por el hecho de la relación de paternidad, el hoy querellado hubiera incurrido en la conducta de "dictar una resolución arbitraria en asunto administrativo, a sabiendas de su injusticia", sería afirmar algo que carecería de toda base legal: la posición que ocupa la hija en la empresa MATSA es la de empleada por cuenta y bajo la dependencia de la misma, sin que en ningún caso sea accionista, ni miembro del Consejo de Administración, ni forme parte de la dirección de la empresa. La hija del querellado, en su condición de letrada, ha sido nombrada apoderada de la empresa, no administradora de la misma.- Debe recordarse que el apoderamiento se efectúa en fecha 14 de enero de 2009, seis días antes de la reunión del Consejo de Gobierno y desde luego en fecha posterior (8 de enero de 2009) a la aprobación de la concesión del incentivo por parte de la Comisión de Valoración Autonómica. De ello se desprende su mínima intervención en la tramitación del expediente, limitándose a aceptar el incentivo en nombre de MATSA para elevar la resolución a definitiva (19 de febrero de 2009) y a interponer recurso de reposición contra la resolución que concedió el incentivo ya que en ella se imponía a la empresa la obligación de acreditar "... un

incremento de capital social suscrito y desembolsado por un importe mínimo de 38.389.430,00.- euros. (2/04/09).-La intervención del querellado, en su condición de Presidente de la Junta de Andalucía en la reunión del Consejo de Gobierno celebrado el 20 de enero de 2009, no fue para conceder el incentivo sino para ratificar, en función de su cuantía, una concesión anteriormente aprobada. Ello supone, no que el acto administrativo del Consejo de Gobierno pierda el carácter de resolución en el sentido al que se refería la sentencia 38/1998, de 23 de enero, degradándose en acto que no tenga el carácter de decisorio, como, "por ejemplo, los actos de trámite, informes, consultas, circulares, dictámenes, etc...", pero si que se trata de una resolución que formalmente reviste los caracteres de tal, pero que, en el fondo, participa y es totalmente conforme con la decisión previa e independiente de otros órganos administrativos igualmente competentes.- En definitiva, la cuestión de la participación del querellado en el ya referido Consejo de Gobierno podría quedar circunscrita a la posible infracción del deber de inhibición que en todo caso, podría serle exigible como Presidente, en aquellas fechas de la Junta de Andalucía. Pero tal cuestión ha quedado igualmente resuelta en sentido negativo ya que, el 21 de julio de 2009, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía acordó no incoar expediente sancionador, en las Actuaciones Previas 09/420, al entender que el denunciado no incurrió en el deber de inhibición previsto en el nº 7 de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración.- SEXTA En resumen, de lo anteriormente expuesto podrían establecerse las siguientes conclusiones:La Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, a la que pertenece la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) solamente concede, de los tres proyectos presentados por MATSA, el correspondiente incentivo a uno sólo de ellos, relativo a la construcción de una planta mineral.-La concesión del incentivo se efectúa por un importe que supone la reducción de alrededor de un tercio de la cantidad solicitada por la empresa.-La tramitación administrativa del correspondiente expediente de concesión evidencia que siempre tuvo una valoración positiva en cuanto a la concesión del incentivo, sin que se hayan producido, en tal sentido, actuaciones contradictorias (desfavorables y luego favorables) por parte de los organismos administrativos competentes en la tramitación del mismo.- Que la empresa MATSA se ha visto obligada a interponer el correspondiente recurso de reposición para tratar de anular (como así ha sucedido) la exigencia contenida en la Resolución que

concedía el incentivo de acreditar el incremento del capital social suscrito y desembolsado por un importe mínimo de más de 38 millones de euros.- En definitiva, afirmar que cualquier infracción bien de normas de abstención, bien de normas administrativas (lo que aquí no ha sucedido en los dos casos) supondría la comisión de un delito de prevaricación se compadecería mal con la consideración del derecho penal como "ultima ratio", máxime cuando en esta materia el control jurisdiccional del derecho administrativo debe ser lo ordinario, y el control penal, lo excepcional.- Por lo expuesto, El Fiscal interesa la inadmisión de la querella y el archivo de las diligencias-art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- por no ser los hechos en que se funda constitutivos de delito....."

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El Partido Popular interpone querella criminal contra D. Manuel Chaves González, en la actualidad Vicepresidente Tercero del Gobierno, lo que determina el aforamiento ante esta Sala, y en la época a la que se refieren los hechos de la querella, Presidente de la Junta de Andalucía, órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Procede, en primer término, declarar la competencia de esta Sala de conformidad con el art. 57 de la LOPJ.

SEGUNDO.- Los hechos imputados en la querella se contraen a la concesión de un incentivo por la Junta de Andalucía a la mercantil Minas de Aguas Teñidas S.A.U, (MATSAU), en cuyos servicios jurídicos trabaja la hija del querellado D^a Paula Chaves Iborra. El incentivo a que se refiere la querella fue solicitado el 11/10/2007, estudiado por la Gerencia provincial de Huelva de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía que comprobó la concurrencia de los requisitos de la concesión en sus aspectos técnicos, económicos y financieros y emitió informe favorable. La comisión de valoración económica estudió y valoró el proyecto de inversión y lo elevó para su aprobación el 13/01/09 al Consejo Rector de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía. Aprobado el incentivo por la

mencionada Agencia, fue ratificado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía el 20 de enero de 2009. La actuación del querellado se contrae, por lo tanto, a la ratificación de la concesión del incentivo de acuerdo a la normativa reguladora del "Programa de incentivos para el fomento de la Innovación y Desarrollo empresarial en Andalucía".

El escrito de querella refiere, folios 34 y siguientes, como hechos relevantes en la subsunción en el delito de prevaricación, el que el querellado "no se abstuvo en el trámite fundamental de la ratificación del acuerdo aprobatorio de la subvención", dada la relación laboral de la empresa beneficiada con el incentivo concedido y la hija del aforado, de una parte, y la persona del querellado. Además, por las irregularidades administrativas cometidas en la tramitación del expediente incoado que no han podido pasar desapercibidas para los funcionarios públicos que tenían obligación de conocer del mismo y que han resuelto sobre la petición de subvención concedida". Este argumento lo concreta en el escrito presentado el pasado 9 de diciembre de 2009 en el que refiere la falta de firma de un documento, el incremento de la cuantía del incentivo, la ausencia de bastanteo de poderes y la ausencia de documentación que justifique que la empresa se encontrara al corriente en el pago de impuestos y cuotas de la Seguridad Social. Con respecto al delito de tráfico de influencias, el segundo delito imputado, lo concreta, folio 37 del escrito de querella, en el hecho de que el querellado, por entonces Presidente del Gobierno de Andalucía, prevaleciendo de su condición de Jefe del Ejecutivo Andaluz interviene ante su por entonces Consejero de Innovación, Ciencia y Empresa,... y ante los órganos rectores de la Agencia IDEA, presidida por el mismo Consejero, para que se ejecutaran todas las acciones de cara a que MATSAU consiguiera el incentivo. En concreto dictan la Orden de incentivos de diciembre de 2008, aplicada a MATSAU ...". Este fundamento de la tipicidad lo reitera en el escrito de 9 de diciembre "el querellado era la máxima autoridad de la Junta de Andalucía ..." por lo tanto en dependencia directa y jerárquica de los órganos de la administración.

El Ministerio fiscal, en su preceptivo informe sobre la querella presentada, interesa la inadmisión a trámite de la querella e incorpora al procedimiento documentos del expediente administrativo relativo a la

concesión del incentivo que obraban en Fiscalía en virtud de una anterior denuncia sobre hechos sustancialmente idénticos a los que constituyen el objeto de la presente querella y de los que tuvo conocimiento en virtud de una denuncia presentada ante el Ministerio fiscal. Esa incorporación documental permite un mejor conocimiento de los hechos objeto de la querella presentada. De estos documentos se ha dado traslado a los querellantes y sobre su contenido expusieron sus alegaciones.

TERCERO.- Analizamos en primer término la querella por el delito de prevaricación.

De acuerdo a los antecedentes de esta Sala, por todas STS 10 de julio de 1.995 y múltiples posteriores, el bien jurídico protegido por el tipo penal es el recto y normal funcionamiento de la administración, con sujeción al sistema de valores proclamado en la Constitución y en consideración de los arts. 103 y 106 de la Constitución que sirven de punto de partida para cualquier actuación administrativa. Por el primero se establece la obligación de la Administración de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho. Por el segundo se indica el sometimiento al principio de legalidad de la misma actividad administrativa.

Sería ocioso reproducir en este Auto nuestra jurisprudencia sobre el delito de prevaricación. Tan sólo recordar que para la precisa delimitación del ilícito administrativo y del penal, el Estado de derecho parte de una concepción democrática del poder en el que todos los actos de la administración y del gobierno pueden ser controlados por Jueces y tribunales. El control judicial de la actividad administrativa es realizado por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. También por el penal cuando la actuación del administrador infringe notoriamente los principios consustanciales de una administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios de imparcialidad, objetividad, igualdad de oportunidades, de legalidad, etc. que conforman la actuación administrativa, de acuerdo a los arts. 103 y 106 de la Constitución. En la más reciente jurisprudencia de esta Sala se ha delimitado el requisito típico de la injusticia frente a la mera ilegalidad en la contradicción con la legalidad pero entendiendo por tal la derivada de tomar en consideración los principios y valores constitucionales. El contenido material del delito de

prevaricación parte de comprobar que el acto administrativo no sólo contradice el derecho positivo, lo que sería controlado por la propia administración o por la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que, además, requiere que el acto suponga una vulneración de los principios y valores constitucionales. Concretamente, dice la STS 723/2009, de 1 de julio, con cita de otras anteriores, "se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o funcionario dicta una resolución que no es efecto de la aplicación de la Constitución...".

Desde esta perspectiva las afirmaciones del querellante sobre la subsunción en el delito de prevaricación carecen de relevancia para su consideración como indicios del delito. Afirma el partido político querellante que la prevaricación del querellado consiste en no abstenerse cuando era procedente dada la relación de parentesco entre él y su hija, apoderada de MATSAU. Además que debió haber advertido las irregularidades del expediente seguido. Analicemos separadamente ambas imputaciones.

Con relación al primer apartado de la imputación, la ausencia de abstención en la ratificación de la concesión del incentivo, es doctrina de esta Sala, expuesta en la STS 189/2008, de 25 de abril, que el incumplimiento de un deber legal de abstención, por sí sólo, no genera el presupuesto fáctico del tipo penal de la prevaricación. "Resolver de otra forma, -dijimos en la antecitada Sentencia- supone la persecución penal de una autoridad [municipal] sin la clara constancia y existencia del elemento normativo del tipo, que es la ilegalidad patente de la resolución administrativa, al punto que debe ostentar el carácter de arbitraria, pero con perspectiva de fondo de la cuestión resuelta administrativamente" y añade, "la infracción de las normas de abstención no supone la comisión de un delito de prevaricación y se compadece mal la consideración del derecho penal como "ultima ratio" máxime en esta materia donde el control jurisdiccional del derecho administrativo debe ser lo ordinario, y el control penal, lo excepcional". En este sentido, el ordenamiento jurídico administrativo señala que la no abstención en los casos en que proceda (art. 28.3 LRJAP y PAC Ley 30/92 de 26 de noviembre) no implica, necesariamente la invalidez de los actos en que haya intervenido.

Con relación al segundo presupuesto de la prevaricación, "las irregularidades administrativas cometidas en la tramitación del expediente incoado que no han podido pasar desapercibidas para los funcionarios públicos que tenían obligación de conocer del mismo y que han resuelto sobre la petición de subvención", hemos de partir del hecho de que el querellado interviene en un acto de ratificación de otro acto por el que el órgano competente para la concesión del incentivo ha resuelto, en este caso, de acuerdo a la solicitud. Desde la perspectiva expuesta, la ratificación de un acto ya aprobado en sí mismo no sería constitutivo de prevaricación si el acto que se ratifica no lo fuera. En otros términos, la ratificación que realiza el órgano de gobierno puede ser prevaricadora si actúa la ratificación sobre un acto que se sabe prevaricador, esto es, injustamente resuelto. En todo caso lo que el querellante expresa como "múltiples irregularidades" del proceso de concesión pertenecen al ámbito de actuación y control del órgano administrativo que concede y no al órgano que ratifica, salvo los supuestos de conocimiento de la prevaricación por el órgano administrativo.

Esa interpretación es acorde con la naturaleza de la ratificación en la que el órgano que ratifica no sustituye al órgano que la autoriza, que mantiene su competencia y funciones sobre el acto, sino que supone un plus de control por razón de específicas circunstancias, como la cuantía económica objeto del incentivo concedido. A través de la ratificación se realiza un control limitado de la regularidad de la concesión, la corrección e integridad formal de la documentación precisa para la concesión y la observancia de las normas previstas en el ordenamiento.

El planteamiento de los querellantes es, por otra parte, excesivamente genérico. La jurisdicción penal cuando conoce de una denuncia por delito de prevaricación no es una instancia revisora del acto administrativo, cual órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, sino que procede a comprobar si un concreto hecho denunciado es arbitrario dando lugar a una resolución injusta.

Las irregularidades denunciadas, falta de una firma en el expediente, documentación de correos internos entre funcionarios, son ajenas a la función de control del órgano que ratifica la subvención concedida. La ampliación del montante de la subvención aparece justificada al incluir unas

obras que en la primera propuesta no se incluían. De la observancia de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social por la empresa beneficiada con la concesión existe constancia documental en el expediente, (pag. 4 de la propuesta a la Comisión autónoma, expediente 540163, del Tomo I de la documentación remitida por el Ministerio fiscal en su informe de la oposición a la admisión).

Otra alegación del querellante, afirmar que la Orden de 9 de diciembre de 2008 altera las bases reguladoras del programa de incentivos para el fomento de la innovación y el desarrollo empresarial en Andalucía tampoco alcanza, en principio, la condición de indicio del hecho denunciado, pues, formalmente, tanto el acto administrativo de concesión de 13 de enero de 2009, como la ratificación del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 20 de enero de 2009, refieren, de forma expresa, que la concesión se efectúa de acuerdo a la Orden de 19 de abril de 2007.

Las posibles irregularidades que el querellante denuncia existieron en la fase de instrucción y resolución del expediente administrativo que se incoa con la petición de subvención, deberán ser objeto de control, contencioso-administrativo o penal, si los querellantes lo estiman oportuno ante los órganos de la jurisdicción competente.

Consecuentemente, el delito de prevaricación que los querellantes basan en la falta de abstención y en las irregularidades administrativas que no han podido pasar desapercibidas al órgano de gobierno, no constituye, en el presente caso, presupuesto de la imputación por prevaricación que se realiza. La ausencia de una abstención, caso de que fuera procedente, no integraría la injusticia manifiesta que exige la tipicidad. Además la naturaleza de la ratificación que corresponde al órgano de gobierno, que hemos examinado respecto al acto de concesión, hace que los criterios de legalidad exigibles en este último no sean trasladables, en idéntico contenido, al órgano que ratifica cuya función de fiscalización de la licitud tiene, forzosamente, un contenido distinto. Por último, las irregularidades denunciadas desde la perspectiva que afecta al aforado, no alcanzan la condición de indicios de ilicitud en la medida en que el expediente aparece, en principio, correctamente tramitado en lo que afecta a su ámbito de control y consta la observancia por la empresa solicitante de las obligaciones fiscales

y de seguridad social. Todo ello sin perjuicio de que las irregularidades que denuncia puedan ser indagadas ante otros órganos jurisdiccionales competentes por razón del orden jurisdiccional, la materia y el territorio.

CUARTO.- Con relación al delito de tráfico de influencias, también imputado al querellado, ha de recordarse que el tipo penal pretende desterrar de la actuación administrativa ciertas maniobras de corrupción que han podido estar en la conciencia social generalmente admitidas, entre ellas, la práctica de la recomendación. El verbo nuclear de la acción es el de influir, conducta que se realizará cuando suponga una presión psicológica de un funcionario a otro, desechando de su comprensión las meras sugerencias y expresión de deseos. En cada caso concreto habrá que analizar, desde la perspectiva de la adecuación social, cada acto y comprobar si en cada caso concreto se ha producido una influencia antijurídica subsumible en el tipo penal del tráfico de influencias. En general, existirá influencia en función de la capacidad que una persona tiene para conseguir que otra persona haga su voluntad, no bastando con tener acceso, ni la posibilidad de la mera indicación, sino que tenga la entidad suficiente para entender que ha conformado la voluntad del funcionario por la influencia recibida.

El escrito de querella no denuncia hechos susceptibles de ser subsumidos en la tipicidad del tráfico de influencias (art. 428), solo conjeturas derivadas de la condición de Presidente de la Junta de Andalucía del aforado, del trabajo de su hija en la empresa y del hecho de realizar visitas a los centros de producción. La querella no participa hechos que puedan ser tenidos como indicios de la comisión del delito de la querella por lo que también esta subsunción ha de ser rechazada.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: A) Declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de los hechos de la presente querella por la calidad de aforado ante la misma del querellado.

B) Se acuerda la inadmisión y archivo de la querella.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Secretaria, certifico.