

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

SALA CIVIL Y PENAL

Diligencias Indeterminadas 19/2017

AUTO

Presidente

Excmo. Sr. D. Jesús Barrientos Pacho

Magistrados

Ilma. Sra. D^a Mercedes Armas Galve

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

En la ciudad de Barcelona, a 20 de junio de 2017

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Las presentes actuaciones se han incoado consecuencia del escrito de querrela presentado en fecha 16 de mayo de este año por el Excelentísimo Sr. Fiscal Superior de Cataluña contra la Honorable D^a Meritxell Borràs Sole, Consellera de Governació, Administracions Públiques i Habitatge de la Generalitat de Catalunya, y D. Francesc Esteve Balagué, Secretari General de la Conselleria de Governació, Administracions Públiques i Habitatge de la Generalitat de Catalunya, en razón de las decisiones y actos adoptados en el ejercicio de sus cargos, sin perjuicio de que la imputación pudiera ulteriormente extenderse a otras autoridades y cargos públicos.

Segundo.- Con fecha 13 de junio, se ha presentado por el Excelentísimo Sr. Fiscal escrito de ampliación de querrela contra los Sres., Honorable Sra. Borràs y Sr. Esteve, con fundamento en los hechos que ha tenido a bien exponer.

Tercero.- Ha sido ponente la Ilma. Magistrada Sra. Mercedes Armas Galve, que expresa el parecer unánime del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya es la competente para el conocimiento de las causas seguidas por delitos que se atribuyan a los miembros del Gobierno, de conformidad con lo prevenido en el artículo 73.3 A) LOPJ, y en el artículo 70 del Estatut d'Autonomia de Catalunya

Segundo.- Respecto de la Honorable Sra. Meritxell Borràs Solé, como miembro del Govern, en su condición de Consellera de Governació, Administracions Públiques i Habitatge de la Generalitat de Catalunya, es obvia su condición de aforada, al amparo de dicho precepto.

Por lo que hace al Sr. Esteve Balagué, Secretari General de la Conselleria de Governació, Administracions Públiques i Habitatge de la Generalitat de Catalunya, a la vista de las conductas que se denuncian en el escrito de querrela y, en un principio, sin perjuicio de lo que ulteriormente pudiera resolverse, sus actos resultarían inescindibles de los presuntamente cometidos por la Honorable Sra. Borràs, por lo que los mismos no podrían ser investigados separadamente de los presuntamente cometidos por la Consellera (Auto del TS de 24 de junio de 2014, causa especial 20619/14)

Tercero.- El escrito de querrela presentado por la Fiscalía por los presuntos delitos de desobediencia del artículo 410.1 C.P., prevaricación continuada del artículo 404 C.P. y malversación de caudales públicos del artículo 432 C.P., cumple con los requisitos legales contenidos en el artículo 277 Lecrim.

Cuarto.- Por lo que hace a la admisión a trámite de un escrito de querrela, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en el sentido de subrayar que el Tribunal Constitucional ha mantenido que no existe un derecho absoluto e incondicional a la sustanciación de un proceso penal.

Según pone de manifiesto la STC de 20 de junio de 2011 "*el ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento o archivo de las*

actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión ab initio del carácter delictivo de los hechos imputados y, si se admite la querrela, por la resolución que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, en el caso de que se sustente razonablemente en la concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional" (entre las últimas, STC 34/2008, de 25 de febrero , FJ 2).

En todo caso, la respuesta que se dé a las pretensiones del querellante en cuanto a su admisión, deben ceñirse a lo prevenido en los artículos 313 y 269 Lecrim., es decir, a una expresión inteligible de un juicio provisional de verosimilitud y de tipicidad: el primero requiere una valoración mínima sobre la existencia de indicios suficientes de la veracidad de los hechos relatados. El segundo exige una valoración estrictamente técnica de subsunción de los hechos en alguna de las normas penales de la parte especial del Código Penal. Se trata, pues, de realizar una labor de control de que deba o no abrirse el procedimiento penal, haciendo compatible el derecho del querellante al proceso (*ius ut procedatur*) y el derecho del querellado a no sufrir las consecuencias del proceso en cualquier caso e incondicionalmente.

Según el auto del Tribunal Supremo, Sala 2ª, Sec. 1ª, de 15 de junio de 2009 , el alcance del auto de admisión de querrela "descansa en tres ideas básicas:

a) La querrela es un acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al órgano judicial competente, por el que el sujeto de la misma, además de poner en conocimiento de aquél la noticia de un hecho que reviste caracteres de delito, solicita la iniciación de un proceso contra una o varias personas determinadas o determinables, y que se le tenga como parte acusadora en el mismo.

b) El Auto que resuelve la admisión a trámite de una querrela, comprueba su condición de tal (...) y decide sobre su admisibilidad, es decir sobre su aptitud jurídica procesal para provocar aquello que expresamente postula y que es la iniciación de un proceso; es decir la iniciación del único cauce idóneo en un Estado de Derecho para determinar hipotéticas responsabilidades penales y establecer y proclamar sus consecuencias, y que está sometido a las

reglas jurídicas que disciplinan el ejercicio de la jurisdicción por el Estado, y garantizan los Derechos Fundamentales de los ciudadanos. La iniciación del proceso no es consecuente a la responsabilidad penal, sino la previa condición, esto es, el presupuesto imprescindible para la averiguación, comprobación y determinación, con las debidas garantías, de la responsabilidad criminal. No se inicia un proceso porque se sea responsable de un delito, sino para poder determinar con garantías si se es o no responsable.

c) La admisión o inadmisión a trámite de una querrela, o si se prefiere la decisión por la que ante la interposición de una querrela un Tribunal decide su admisión y por tanto la iniciación del proceso no puede depender de un juicio valorativo de efectiva responsabilidad, sino de la valoración sobre la procedencia de iniciar el proceso a través de la comprobación de que concurren los requisitos que lo condicionan y lo determinan. Requisitos sin los cuales la admisión no es posible, pero con cuya concurrencia la admisión es necesaria e ineludible, porque no hay en ello margen para la discrecionalidad que vaya más allá de la valoración misma de los requisitos formales y de fondo establecidos por la Ley para decidir la admisibilidad de las querellas, y consiguientemente la petición que contienen de iniciación de un proceso penal."

Por ello, afirma el citado auto, "Los hechos objeto de la querrela son aquéllos, sucedidos o no, a que la querrela se refiere, y los de la querrela en cambio son el relato mismo que ésta en todo caso contiene. El relato afirmado es lo que exige el juicio valorativo de tipicidad a que se refiere el art. 313 de la LECriminal ..."

Y subraya, además, "... que la valoración de si los hechos tienen significado penal no puede hacerse sino en función de los hechos que son alegados en la querrela y no de los que resulten acreditados, porque si averiguarlos es el objeto del proceso, su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación."

Quinto.- Según se desprende del escrito de querrela, la Ley 4/2017 de 28 de marzo de Presupuestos, aprobada por el Parlament de Catalunya, contempla a lo largo de su articulado varias partidas presupuestarias para gastos en procesos electorales y consultas populares (artículos 4.1.b, 4.3, 9.2.c, 9.3.h 2º y 3º) y, en concreto, su Disposición Adicional 40, relativa a medidas en materia de organización y gestión del proceso referendario, establece:

1.- El Gobierno, dentro de las disponibilidades presupuestarias para 2017, debe habilitar las partidas para garantizar los recursos necesarios en materia de organización y gestión para hacer frente al proceso referendario sobre el futuro político de Catalunya.

2.- El Gobierno, dentro de las posibilidades presupuestarias, debe garantizar la dotación económica suficiente para hacer frente a las necesidades y los requerimientos que se deriven de la convocatoria del referéndum sobre el futuro político de Catalunya, acordado en el apartado I. 1.2 de la Resolución 306/XI del Parlament de Catalunya, con las condiciones establecidas en el dictamen 2/2017 de 2 de marzo, del Consejo de Garantías Estatutarias.”

1º.- En la querella se recuerda que la mencionada Resolución 306/XI aprobaba, tras haber sido votadas en el Parlament el 6 de octubre de 2016, dos propuestas, las número 37713 (sobre el proceso constituyente catalán), y 37714 (sobre la convocatoria, a tal efecto, de un referéndum) y traía causa, a su vez, de la inicial **Resolución 1/XI**, así como de la Resolución 5/XI y Resolución 263/XI.

Con la primera de ellas, sigue diciendo la querella, arrancaba, el 9 de noviembre de 2015, un proceso constituyente en Cataluña, con apoyo en el mandato obtenido en las elecciones de 27 de septiembre de ese mismo año, con la voluntad de creación de un Estado Catalán independiente en forma de República, a través de un proceso ciudadano participativo, para sentar las bases de una constitución catalana.

La Resolución fue impugnada por la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional, que el 2 de diciembre de 2015 dictaba la sentencia 259/15 por la que declaraba la inconstitucionalidad de la meritada Resolución 1/XI, y que fue publicada en el BOE el 12 de enero de 2016.

2º.- El 20 de enero de 2016 el Parlament aprobaba la **Resolución 5/XI** de creación de comisiones parlamentarias, entre ellas la Comisión de Estudio de un Proceso Constituyente, que fue publicada en el D.O. el 25 de enero y constituida el 28 de enero, y contra la que la Abogacía del Estado promovió incidente de ejecución de la STC 259/2015, que motivó el dictado del Auto del T.C. 141/2016 de 19 de julio.

Dicho pronunciamiento estima el incidente de ejecución y hace especial advertencia “..a los poderes implicados y a sus titulares,

especialmente a la Mesa del Parlament, de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir los mandatos enunciados” (en especial referencia a que la Comisión de Estudio diera continuidad y soporte a la Resolución 1/XI que había sido declarada inconstitucional por STC 259/2015)

3º.- Por **Resolución 263/XI** se aprobaron las conclusiones a que había llegado la Comisión de Estudio, que se publicaron el 20 de junio en el DOPC, entre las que se recoge la activación de un proceso constituyente propio, que constaría de tres fases: un proceso participativo, una segunda fase de desconexión y convocatoria de elecciones constituyentes y una tercera fase ratificada a nivel popular por medio de un referéndum.

4º.- Esta Resolución es impugnada por la Abogacía del Estado a través de incidente de ejecución de la STC 259/2015, que provoca el dictado de la providencia de 8 de agosto de 2016 de suspensión de la Resolución por un plazo máximo de cinco meses. Posteriormente se dictará el Auto 170/2016, que resuelve el incidente, declarando la nulidad de la Resolución 263/XI por contravenir los mandatos contenidos en la dicha sentencia 259/2015 y en el Auto 141/2016, acordando, además, deducir testimonio contra la Presidente del Parlament de Catalunya por presuntos delitos de prevaricación y desobediencia, que dio lugar a la querrela interpuesta por la Fiscalía ante la Sala Civil y Penal del TSJ de Cataluña, y admitida a trámite, con incoación de las D.P.1/2017

5º.- Entonces, según sigue afirmando la querrela, se dicta la mencionada **Resolución 306/XI** el 6 de octubre de 2016, que aprueba las propuestas 37714 y 37713, ya mencionadas, y contra la que se presenta por la Abogacía del Estado incidente de ejecución de la STC 259/2015, del AC 141/2016, de la providencia de 8 de agosto de 2016 y del AC 170/2016.

6º.- La providencia de 13 de diciembre admite a trámite el incidente en cuestión, y declara la suspensión de la Resolución 306/XI por un plazo máximo de cinco meses.

Y en Auto 24/2017 de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional resuelve el incidente, estimándolo, acordando deducir testimonio contra la Presidenta del Parlament y los miembros de la Mesa por incumplir el mandato del artículo 87.1 LOTC, querrela interpuesta por la Fiscalía, admitida a trámite y acumulada a las D.P. 1/2016

Sexto.- Es en esta tesitura cuando la promulgación de la Ley 4/2017 de Presupuestos de la Generalitat, en concreto, su Disposición Adicional 40ª lleva a la Abogacía del Estado a promover recurso de inconstitucionalidad en relación a determinadas partidas presupuestarias, que alcanzaban un importe de 6.207.450 euros, en cuanto referidas a gastos vinculados con la celebración de un referéndum.

Por providencia de 4 de abril de este año, el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso, y suspendió la meritada Disposición Adicional y las partidas presupuestarias impugnadas, por un plazo no superior a los cinco meses, acordando, asimismo, notificarla, entre otros, al President de la Generalitat y miembros del Govern, con advertencia, *"...a todos ellos, de su deber de impedir o paralizar cualquier iniciativa que suponga ignorar o eludir la suspensión acordada. En particular, que se abstengan de iniciar, tramitar, informar o dictar acuerdo alguno de disposición de las partidas presupuestarias impugnadas, o de cualesquiera otras, incluido el Fondo de Contingencia, adoptadas de conformidad con la disposición 40, con el fin de financiar cualquier gasto derivado de la preparación, gestión y celebración de proceso referendario o del referéndum a que se refiere la disposición adicional impugnada; especialmente de licitar, ejecutar o fiscalizar contratos administrativos licitados por la Generalidad, instrumentales para la preparación del referéndum; o de iniciar, tramitar, informar o dictar acuerdo alguno de ampliación, modificación o transferencia de las partidas presupuestarias impugnadas o de cualesquiera otras partidas presupuestarias o del Fondo de Contingencia, así como, en general, cualquier otra medida presupuestaria acordada con el aludido fin; con la cobertura del precepto de la ley impugnada, incluidas las modificaciones de estructuras presupuestarias previstas en la disposición final segunda de la Ley impugnada, dirigidos a tal finalidad, apercibiéndoles de las eventuales responsabilidades, incluida la penal, en las que pudieran incurrir en caso de no atender este requerimiento,"*

Séptimo.- Según el texto de la querella, en su voluntad de celebración de un referéndum de autodeterminación, al objeto de mantener el propósito contenido en la Resolución 1/XI, de crear un Estado catalán independiente, los querellados, Honorable Sra. Borrás, como Consellera de Governació i Administracions Públiques, y el Sr. Esteve, como Secretario General de dicho Departamento, adoptaron

medidas encaminadas a obtener los medios con los que poder celebrar el meritado referéndum.

Para ello, sigue diciendo la querrela, dictaron un Acuerdo Marco para el suministro de urnas en las elecciones al Parlament de Catalunya, consultas populares y otras formas de participación ciudadana, en el marco de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio de régimen electoral general, así como en el de la D.T.2ª del Estatut de Autonomía, Ley 4/2010 ley 10/2014 y Ley Orgánica 2/1980, que se hizo público en el DOG de 9 de mayo de este año, mediante **"Anuncio por el que se hace pública la licitación de un Acuerdo Marco"** firmado por el querrellado, Sr. Esteve Balagué.

Se trata de un Acuerdo para suministros de urnas electorales transparentes y urnas de cartón, con un plazo de vigencia de 48 meses, con un valor estimado el contrato de 200.000 euros, que también es el presupuesto base de licitación.

El Pliego de cláusulas administrativas particulares que regula dicho Acuerdo establece en su cláusula 22ª que únicamente comporta la expectativa de selección de las empresas que deben ser adjudicatarias de los diferentes contratos que se deriven, aunque afirma que del Acuerdo *"no se derivan obligaciones económicas"* para el Departament contratante, aunque en su cláusula 6ª sí establece el precio máximo de cada uno de los dos lotes de urnas objeto del Acuerdo, y que se calcula *"teniendo en cuenta el gasto que potencialmente se generará"*.

Además, de la cláusula 32ª se desprende que las condiciones de la contratación se deferirán al momento en que sea necesario el suministro de las urnas, y sólo serían conocidas por las empresas adjudicatarias del Acuerdo Marco, porque sólo a ellas se les remitiría por correo electrónico el pedido concreto de suministros.

En el referido Anuncio se indica como entidad adjudicadora el Departament de Governació, y como dependencia en que se tramita el expediente, la Secretaría General.

Se establece en el pliego de cláusulas que el Acuerdo Marco únicamente comporta una expectativa de selección de las empresas adjudicatarias; no resulta una inmediata disposición de fondos públicos, pero se contempla de la contratación que pudiera resultar de dicho Acuerdo que *"el pago a las empresas contratistas se efectuará contra presentación de factura"* cuya unidad tramitadora será la Dirección de Servicios del Departament de Governació,

Administracions Públiques i Habitatge, y, el órgano gestor, la Secretaria General de dicho Departament.

La querella subraya, además, que ninguna de las leyes en las que se ampara el Acuerdo Marco para el suministro de las urnas pueden servir de apoyo a las pretensiones referendarias, y que, por otro lado, existe un Convenio Marco de colaboración en materia de gestión electoral entre la Administración General del Estado y la Administración de la Comunidad Autónoma de Catalunya por el que el Estado cede material para la celebración de este tipo de elecciones, que privaría de sentido la adquisición de material con el que la Administración catalana puede contar gratuitamente.

Octavo.- A ello debe añadirse, según el escrito de ampliación de la querella presentado por la Fiscalía Superior de Catalunya, el anuncio hecho público el 9 de junio por el President de la Generalitat, de su firme voluntad, expresada con toda solemnidad junto al Gobierno que preside (y del que la Sra. Borràs es Consellera y el Sr. Esteve Secretario General de su Departament) de llevar a cabo el aludido referéndum el 1 de octubre de este año, con la pregunta "*¿quiere que Cataluña sea un Estado independiente en forma de República?*".

Y que dos días más tarde, se haya celebrado un acto político convocado por la Asamblea Nacional Catalana, Òmnium Cultural y la Asociación de Municipios por la Independencia, que contó con la participación de la Honorable Sra. Borràs y del resto de miembros del Gobierno Catalán, en el que se reafirmó la decisión adoptada el día 9 de junio.

Se contiene, además, en la querella, que el procedimiento de licitación para la adquisición de urnas ha avanzado en su tramitación, habiendo concurrido dos empresas cuya intervención podría facilitar los fines pretendidos por los querellados, además de significar la realización de un acto ilícito.

Noveno.- Pues bien, del profuso relato de hechos contenido en la querella, todos ellos de fácil constatación, al tratarse de actos y hechos que han tenido la oportuna publicidad en los respectivos diarios oficiales, además de haber sido recogidos por los medios de comunicación, se desprende la existencia de indicios suficientes de la concurrencia, en principio, de los elementos objetivos que informarían cada uno de los tipos delictivos que la Fiscalía querellante considera cometidos, sin perjuicio de su ulterior calificación y sin

perjuicio, asimismo, de lo que finalmente resulte de su investigación, por lo que se estima que se cumplen los requisitos de tipicidad y verosimilitud que fundamentan la admisión a trámite de la querrela y del escrito de ampliación, y todo ello con independencia de las decisiones que proceda ir adoptándose en función de resultado de las diligencias que se vayan sustanciando.

Es por ello que procede la admisión a trámite de la querrela y de su escrito de ampliación, al valorarse como posible la presunta comisión de un delito de desobediencia del artículo 410.1 C.P., un delito continuado de prevaricación del artículo 404 C.P., y un delito de malversación de fondos públicos del artículo 432 C.P., sin perjuicio de, en su caso, su definitiva calificación, y que serían atribuibles indiciariamente, a los querrelados, Sres. Honorable Sra. Meritxell Borràs Solé y Francesc Esteve Balagué

En su virtud,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA ha decidido:

DECLARAR la competencia de esta Sala para el conocimiento de la presente querrela presentada contra la Honorable Sra. D^a Meritxell Borràs Solé, Consellera de Governació, Administracions Públiques i Habitatge de la Generalitat de Catalunya, y contra D. Francesc Esteve Balagué, Secretari General de la Conselleria de Governació, Administracions Públiques i Habitatge de la Generalitat de Catalunya.

ADMITIR a trámite dicha querrela y su escrito de ampliación.

ORDENAR la incoación de Diligencias Previas para la investigación de los hechos que se describen en la querrela, por si los mismos pudieran ser constitutivos de un delito de desobediencia del artículo 410.1 C.P., un delito continuado de prevaricación del artículo 404 C.P., y un delito de malversación de fondos públicos del artículo 432 C.P., presuntamente cometidos por los querrelados.

DESIGNAR la sustanciación de la Instrucción de esta causa, conforme al turno de reparto preestablecido, a la Ilma. Sra. D^a Mercedes Armas Galve, Magistrada de esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y póngase en conocimiento de los querellados la admisión de esta querrela, a los efectos prevenidos en los artículos 118 y 118 bis Lecrim., haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de súplica dentro de los tres días siguientes a su notificación.

Así lo acuerdan, disponen y firman los Magistrados que han constituido esta Sala, de lo que el Letrado de la Administración de Justicia da fe.

.