



Roj: **ATSJ CV 55/2009 - ECLI:ES:TSJCV:2009:55A**

Id Cendoj: **46250310012009200045**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **01/08/2009**

Nº de Recurso: **10/2009**

Nº de Resolución: **60/2009**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JOSE FRANCISCO CERES MONTES**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **ATSJ CV 55/2009,**
STS 2180/2010

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

Rollo Penal nº 10/2009

A U T O 60/09

Excmo.Sr.Presidente

Don Juan Luis de la Rúa Moreno

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Juan Montero Aroca

Don José Francisco Ceres Montés.

Valencia, a uno de agosto de dos mil nueve.

Siendo Ponente el Ilmo Sr. D. José Francisco Ceres Montés

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción número Cinco, por auto de fecha cinco de marzo de dos mil nueve dictado en las Diligencias Previas que tramitó con el número 275/08, acordó remitir exposición razonada, con testimonio de lo necesario, a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana a los efectos de que por la misma se decidiera sobre la asunción de competencia para el conocimiento de determinados hechos de posible significación delictiva que en dicha resolución se relacionaban y en los que podían haber tenido intervención personal D. Octavio , Presidente de la Generalidad Valenciana, D. Simón , Diputado de las Cortes Valencianas, ambos aforados ante dicho Tribunal, D. Juan Manuel , que desempeñó en su día el cargo de Vicepresidente del Consell de la Generalidad Valenciana, y D. Arsenio , que desempeñó el cargo de Jefe de Gabinete de la Consellería de Turismo de la Generalidad Valenciana en la fecha en que ocurrieron los hechos.

SEGUNDO.- Por auto de fecha 21 de abril ésta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia se declaró competente para el conocimiento de esos hechos consistentes en la supuesta aceptación de regalos



en forma de prendas de vestir que en aquel auto del Juzgado Central de Instrucción número Cinco se atribuían tanto a las dos personas aforadas ante la citada Sala como a las otras dos personas no aforadas ante ella; se acordó continuar la tramitación de las actuaciones que constaban en la pieza formada al efecto, mandando registrarlas como Diligencias Previas por delito de cohecho; y se designó Magistrado Instructor con arreglo al turno establecido en las normas de reparto.

TERCERO.- En las Diligencias Previas 2/2009 tramitadas ante ésta Sala Civil y Penal, en fecha 29 de mayo de 2009, por el Ilmo Sr. Magistrado-Instructor de las mismas, se dictó auto, que acordaba lo siguiente:

Declarar terminadas las Diligencias Previas,

No haber lugar al sobreseimiento libre y archivo de la causa solicitado por las representaciones procesales de los imputados por existir suficientes indicios racionales para estimar que los hechos que se les imputan pudieran ser constitutivos de un delito de cohecho previsto y penado en el artículo 426 primer inciso del Código Penal, y

La continuación de la tramitación del procedimiento con el mismo objeto, por los trámites del procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado, en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, señalando la fecha del próximo día 15 de julio a las 10, 30 horas para la celebración de la comparecencia prevenida en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado .

CUARTO.- En el antecedente de hecho sexto de dicha resolución se consignaba, con el carácter indiciario, propio de la fase de instrucción, los siguientes hechos :

"1. La entidad "Orange Market, S.L.", domiciliada en Valencia y cuyas participaciones sociales pertenecen a D. Jacinto (99,96%) y a D. Nicolas (0,04%), tiene por objeto la creación y ejecución de campañas de publicidad y la realización de campañas de marketing y de proyectos de organización. Comenzó su actividad el 10 de noviembre de 2003 y de su gestión en Valencia se ha ocupado D. Jesús Luis , quien fue nombrado administrador único de la misma en 9 de enero de 2006 y presidente en 10 de marzo de 2008 (folio 19, pieza II). Dicha sociedad se ha dedicado a la organización de actos para el Partido Popular en la Comunidad Valenciana, actuando como proveedora del mismo. En el ejercicio de esa actividad D. Jesús Luis entabló relación de amistad, entre otras personas, con D. Simón (según se reconoció por este último) quien, además de ocupar diferentes cargos en el mencionado partido político, ha desempeñado el de Diputado en las Cortes Valencianas desde la V Legislatura (1995) hasta la actualidad. D. Jesús Luis ya era conocido de D. Simón desde el año 1996 porque, según dijo este último, aquél intervenía en la organización de numerosos actos del partido por todo el territorio nacional.

Aparte de los encargos que le hiciera el citado partido político (que se encuentra en funciones de gobierno en la Generalidad Valenciana), desde el año 2005 le fueron adjudicados a esa sociedad por diferentes organismos de la Administración de la Generalidad Valenciana numerosos contratos de muy variado objeto y, en particular, el que anualmente se convocaba con motivo de la instalación del pabellón de la Generalidad Valenciana en la feria FITUR, así como en otras ferias denominadas TVC, Expovacaciones, SITC e INTUR, ascendiendo el importe total de esa variada contratación a la cantidad de 1.748.839,19 € en el año 2005, de 1.174.767,17€ en el año 2006, de 1.325.741,44 € en el año 2007, de 1.714.860,26 € en el año 2008 y de 953.172 € hasta mayo de 2009 (folios 433 a 446, en el tomo II de las Diligencias Previas).

"Orange Marquet, S.L." estaba relacionada con un grupo de sociedades dedicadas a la inversión especulativa y a la prestación de servicios que gestionaba desde Madrid Nicolas y que, al parecer, dirigía y controlaba Millán . En la oficina en que Nicolas realizaba sus funciones de gestión, sita en el número 40 de la calle Serrano de Madrid, tenían también su domicilio social la entidad FCS (iniciales que coinciden con el nombre de Millán) y otras sociedades del grupo de las que el citado Nicolas era administrador, como Special Events, Rial Green, S.L., Pasadena, S.L. o Estudios Vesubio, S.L. (folios 41 a 44 de la Pieza I).

2. Jesús Luis solía frecuentar con Nicolas un establecimiento de prendas de vestir de la cadena denominada "Milano", sito en la misma calle Serrano, número 29 de Madrid, en la que les atendía normalmente su director comercial, D. Pedro Jesús . Los señores Jesús Luis y Nicolas llegaron a convenir con D. Pedro Jesús que las compras que hicieran en dicho establecimiento, bien para sí, bien para otras personas a quienes acompañaran o por cuya indicación se les atendiera, no les fueran cobradas en caja y se anotaran en una cuenta abierta a nombre de Jesús Luis , siendo luego saldado el importe de la deuda por Nicolas , a quien se remitía periódicamente una relación de lo debido con indicación de las personas receptoras o destinatarias de las prendas. El pago se hacía por Nicolas en varias ocasiones al año, bien en metálico, bien por transferencia o mediante la entrega de cheques librados con cargo a la cuenta de alguna de las sociedades del grupo.

3. En el ámbito de ese acuerdo y siguiendo ese modo de actuar:



A) En el mes de enero del año 2005 (coincidiendo con la feria FITUR) Jesús Luis acompañó a D. Arsenio , Jefe de Gabinete de la Consellería de Turismo de la Generalidad Valenciana, a la tienda de Milano de la calle Serrano, nº 29 de Madrid, diciéndole a D. Pedro Jesús : "vamos a hacerle una serie de ropa a este señor". En tal ocasión D. Arsenio encargó tres trajes a medida, un abrigo a medida, otro de confección y dos americanas también a medida (declaración de Pedro Jesús y tiquets pendientes de pago nº NUM000 , por 1.150 € y nº NUM001 , por 2.399 €, a folio 219 de la pieza I), todo lo cual le fue enviado por el Sr. Pedro Jesús a Valencia, siendo satisfecho el importe de esas prendas por Nicolas , según el sistema convenido por este último y por Jesús Luis con Pedro Jesús , mediante la entrega de un talón de fecha 13 de julio de 2005 librado contra la cuenta corriente de "Orange Market, S.L." en La Caixa (folios 221 y 223 a 225 de la pieza I; folio 1143, al tomo IV y folios 1457 a 1459, al tomo V). Con la entrega de ese cheque, librado por importe de 24.308,38 €, se saldaba la suma total a que ascendía la deuda mantenida en aquellas fechas con la referida tienda por la adquisición de diferentes prendas de vestir realizada por Jesús Luis , por Nicolas y por otras personas a indicación suya (las operaciones de liquidación de cada uno de los tiquets se relacionan en los folios 220 a 225 de la pieza I y se especifican con mayor detalle al folio 1208 del tomo IV de las Diligencias Previas).

B) En fecha no precisada del año 2005 Pedro Jesús se desplazó, desde Madrid, a la ciudad de Valencia por indicación de Jesús Luis , quien le dijo que tenía el propósito de presentarle a determinadas personas relacionadas con el Partido Popular en la Comunidad Valenciana para que recibiera de ellas los encargos de ropa a medida que éstas le hicieran. Tras concertar una cita por teléfono con D. Simón , fueron a visitarle al despacho que el mismo tenía en la sede de aquel partido, en cuyo interior le tomó medidas D. Pedro Jesús , encargándole aquél varias prendas a la vista del muestrario de telas que le fue exhibido. Al día siguiente Jesús Luis y Pedro Jesús acudieron al despacho oficial de D. Juan Manuel , que desempeñaba el cargo de Vicepresidente del Consell de la Generalidad Valenciana, en cuyas dependencias el Sr. Pedro Jesús le tomó medidas y le exhibió el muestrario de telas, recibiendo el encargo de varias prendas de ropa. En la tarde-noche de ese mismo día, Jesús Luis y Pedro Jesús se reunieron en un restaurante con D. Arsenio , quien también eligió telas del muestrario para que le fueran confeccionadas varias prendas a medida (al Sr. Arsenio no le fueron tomadas medidas porque el Sr. Pedro Jesús ya disponía de ellas, con motivo de la visita que aquél hizo en su día a la tienda de Madrid).

Existe constancia documental de que los Sres. Simón , Juan Manuel y Arsenio encargaron al Sr. Pedro Jesús , al menos, las siguientes prendas a medida: D. Simón , tres trajes, por importe 2.400 € (tiquet pendiente de pago nº NUM002 , a folio 1213, tomo IV); D. Juan Manuel , tres trajes, dos americanas y cinco pantalones, por importe 4.850 € (tiquet nº NUM003 , a folio 1214, tomo IV); y D. Arsenio , tres trajes, una americana y un pantalón, por importe de 3.250 € (tiquet nº NUM004 , a folio 1212, tomo IV). Todas esas prendas, una vez confeccionadas, fueron enviadas a sus destinatarios.

Según manifestó D. Pedro Jesús , la Secretaria del Sr. Simón le llamó por teléfono para preguntarle el importe de lo que éste debía, pero aparte de ese dato y más allá de la mera afirmación de los propios interesados, que dijeron haberle entregado a Jesús Luis (algunos en diferentes momentos) el dinero a que ascendía el importe de aquellas prendas de vestir por ellos encargadas, no existe constancia en las actuaciones de que los receptores de esas prendas abonaran su precio directa ni indirectamente al establecimiento vendedor; y sí la hay, en cambio, de que las cantidades que por las mismas se adeudaban fueron satisfechas mediante la entrega de dos cheques librados contra la cuenta de Orange Market, S.L. en el Banco de Santander, uno por 10.672 € y otro por 16.936 €, ambos de fecha 11 de septiembre de 2006 (folios 236 y 237 de la pieza I), con cuyo importe conjunto se saldaba la suma total a la que ascendía una deuda mayor contraída con Milano por la adquisición de diferentes prendas de vestir realizada por Jesús Luis , por Nicolas y por otras personas a indicación suya. Los cheques fueron declarados en la tienda el 15 de septiembre de 2006 (en cuya fecha se canceló en Caja el pago pendiente) e ingresados en una cuenta bancaria de la entidad acreedora el día 20 del mismo mes y año (folio 236, pieza I, folios 1141, 1212 y siguientes del tomo IV y folios 1413 y 1460 a 1462 del Tomo V).

El apunte contable (tiquet de caja) de los pagos que habían quedado pendientes como consecuencia de aquellos encargos aparecen registrados en caja con fechas 24, 26 y 28 de enero de 2006. Hasta el momento del pago de dichos encargos (mediante los reseñados cheques), las cantidades adeudadas por el valor de aquellas prendas fueron incluidas en el inventario de pagos pendientes de la tienda que elaboraba semestralmente la cajera, apareciendo en el listado correspondiente a enero de 2006 sendas anotaciones con la mención de los apellidos de los Sres. Simón y Arsenio y la del nombre y apellido de D. Juan Manuel , junto con la indicación del número del tiquet de pago pendiente y de su importe (folios 1194 y 1195, al tomo IV); y se reprodujeron luego en el inventario de agosto de 2006, esta vez sin indicación de nombres y bajo la mención "Comunidad Valenciana", con igual referencia numérica de tiquet y de importe adeudado (folios 1198 -nota adhesiva- y 1207, al tomo IV).



Las anotaciones con indicaciones de nombre y apellidos en los inventarios semestrales de pagos pendientes se hacían por la cajera del establecimiento a la vista de lo que constaba en la copia de color del resguardo o nota de encargo que quedaba cosida al tiquet pendiente de pago, cuya copia se destruía después de que la deuda fuera saldada.

C) También existe constancia documental de que en marzo del año 2006 se confeccionaron a medida para D. Simón , por encargo efectuado en la tienda Milano, tres pantalones, un traje y dos americanas (folios 1656, 1676, 1680, 1682, al tomo IV y 1720 a 1725, al tomo V), cuyo precio se debió liquidar en 15 de septiembre de 2006 mediante la entrega de los dos cheques librados contra la cuenta de "Orange Market, S.L.", uno por 10.672 € y otro por 16.936 €, a los que anteriormente se ha hecho referencia, los cuales fueron ingresados en la cuenta bancaria de la entidad acreedora el día 20 del mismo mes y año (folios citados supra y folio 2140, al tomo VII). Las facturas emitidas por la empresa que confeccionó esas prendas y en las que consta el nombre de D. Simón , obran a folios 2188 a 2190 del tomo VII.

D) En fecha no precisada, a principios del año 2006, D. Octavio (que desempeñaba entonces y sigue desempeñando en la actualidad el cargo de Muy Honorable Presidente de la Generalidad Valenciana) visitó por indicación de D. Jesús Luis la tienda de Milano de la calle Serrano, 29 de Madrid, siendo atendido por D. Pedro Jesús , sin que se llevara en esa ocasión ninguna prenda ni realizara ningún encargo. Quince o veinte días después regresó al establecimiento, eligió telas y encargó, primero, un traje a medida, luego, otro y, algún tiempo después, otros dos (las hojas de confirmación del pedido de esos cuatro trajes por la empresa de sastrería a la que se encargó su confección por la tienda Milano obran a los folios 1560 a 1563 del tomo V). Los cuatro trajes fueron entregados en su momento al Sr. Octavio y, como no le venían bien, pasado el verano de ese mismo año fueron devueltos por el mismo al Sr. Pedro Jesús , quien ya no trabajaba en la tienda de Milano, sino en otro establecimiento, no obstante lo cual dicho señor se ocupó de hacer llegar los trajes a su destino, según se reconoció por él en su declaración.

A principios de ese mismo año (al tiempo del encargo del primer traje al que antes se ha hecho referencia) también se encargaron por D. Octavio tres americanas a medida (tiquet pendiente de pago nº NUM005 , al folio 1218, tomo IV, y hojas de confirmación del pedido por la empresa de sastrería a los folios 1557 a 1559 del tomo V). En el inventario semestral de pagos pendientes de la expresada tienda de Milano correspondiente a enero de 2006, aparecen dos anotaciones con el apellido Octavio (folio 1194 al tomo IV): una se corresponde con el tiquet número NUM005 , por importe total de 3.300 €, que comprende un traje de 900 € (uno de los que debieron ser devueltos), dos americanas a medida por importe de 1.800 € y otra americana a medida por importe de 600 € (folio 1218, al tomo IV); y la otra anotación se refiere al tiquet número NUM006 por dos trajes (también de los que debieron ser devueltos) e importe de 1.400 € (folio 1212, del tomo IV). El apunte contable del pago que quedaba pendiente por aquellos dos tiquets se generó con fecha 24 y 26 de enero de 2006, respectivamente, y se mantuvo hasta su cancelación en el inventario de agosto de 2006, esta vez sin indicación de nombre y bajo la mención "Comunidad Valenciana", aunque con igual referencia numérica de tiquet y de importe adeudado (folios 1198 -nota adhesiva- y 1207, al tomo IV). El importe del primero de esos tiquets se saldó mediante dos entregas en efectivo, una de 300 € efectuada el día 23 de enero de 2007 y otra de 3000 € efectuada el día 27 de enero de 2007 (folio 1218, al tomo IV); y el segundo, el día 15 de septiembre de 2006, mediante la entrega de los dos talones de fecha 11 de septiembre de 2006 anteriormente referidos (folio 1212 al tomo IV).

E) Según manifestó D. Pedro Jesús en la declaración que prestó ante este magistrado instructor, sobre la primavera de 2006 D. Juan Manuel se presentó en la tienda de la calle Serrano y se llevó un chaqué de confección de la talla 48 y varias cosas más (lo que el Sr. Juan Manuel negó en su declaración). Un chaqué de confección de esa misma talla aparece reseñado, junto con otras prendas, en el tiquet nº NUM007 , cuyo apunte contable se generó en 29 de junio de 2006 (folio 1218, al tomo IV), apareciendo detallada la deuda en el inventario de pagos pendientes correspondiente a agosto de 2006, dentro de un epígrafe alusivo a "Comunidad Valenciana" (folio 1207, tomo IV), así como en el inventario de pagos pendientes correspondiente a enero de 2007, esta vez con la mención expresa del apellido Juan Manuel y con el mismo número de tiquet (folio 1239 tomo IV). La hoja de confirmación de pedido relativa al pantalón a medida que se reseña en el mencionado tiquet obra al folio 1576 del tomo V. La deuda fue finalmente saldada en metálico, y no por el Sr. Juan Manuel , el día 23 de enero de 2007, el mismo día y a la misma hora (exactamente un minuto después) en que se saldó, también en metálico, parte de la deuda que se ha reseñado en el anterior apartado C (folio 1218 del Tomo IV).

4. Después del verano de 2006, cuando D. Pedro Jesús se fue a trabajar como director de la cadena de establecimientos comerciales denominados "Forever Young", con locales abiertos en la ciudad de Madrid, lo puso en conocimiento de sus clientes y siguió manteniendo con Jesús Luis y con Nicolas la misma relación y el mismo modo de actuar que ya habían utilizado en Milano, consistente en la anotación en una cuenta a nombre de Jesús Luis de los encargos de prendas de vestir que le hicieran aquéllos u otras personas que



acudieran en su nombre; la remisión periódica a Nicolas de una relación de las cantidades pendientes con indicación de las personas beneficiarias; y el pago por éste último, en varias ocasiones al año, del importe de lo adeudado.

Siguiendo esa pauta de actuación:

A) Pedro Jesús llamó por teléfono a D. Octavio diciéndole que en el nuevo establecimiento "Forever Young" del Paseo de la Castellana tenía trajes a medida de mejor factura que en "Milano". Como consecuencia de esa llamada D. Octavio le encargó, al menos, un total de cuatro trajes a medida. Tres de ellos fueron anotados en sendas hojas de pedido de sastrería con fecha 14 de noviembre de 2006 (folios 308 a 310, de la pieza I), y el cuarto en otra hoja de pedido con fecha 4 de enero de 2007 (folio 312 de la pieza I). Por los tres primeros trajes se generó en la tienda un recibo de venta pendiente de cobro, con aquella misma fecha y por valor de 2.160 €, con la indicación " Octavio Nuevo Cliente" (folio 127 de la pieza II), y por el cuarto traje otro recibo de igual clase, con fecha 4 de noviembre de 2006, por valor de 720 €, con la misma indicación (folio 124 de la pieza II). El Sr. Octavio admitió el encargo de ese número total de trajes a medida, datando su recepción en diferentes fechas. No existe constancia de que su precio fuera abonado en caja y en metálico en el momento de recoger cada uno de aquellos trajes, como afirmó el Sr. Octavio en su declaración, pues el contenido de los documentos de pago en efectivo que han sido aportados a la causa por la entidad propietaria del establecimiento a requerimiento de este instructor (folios 1289 y 1290 del Tomo IV de las Diligencias Previas) no se corresponde ni con el número de prendas, ni con el género del tejido que aparece en las hojas de encargo, ni con la cualidad de trajes a medida, ni coinciden tampoco las fechas que aparecen en esos documentos con aquellas en que el expresado señor dijo haber efectuado los pagos. Sí hay, en cambio, constancia de que el pago pendiente generado por aquella operación de los cuatro trajes se canceló, junto con otras englobadas en una deuda de mayor importe, con cargo a unos cheques librados por la entidad "Servimadrid Integral, S.L." y del modo que luego se dirá, de lo que se dejó justificación contable el día 4 de julio de 2007 mediante la emisión de un tiquet de pago, con expresa referencia al importe del saldo pendiente que se cancelaba y al apellido " Octavio " (folio 133 de la pieza II). Las hojas de confirmación del pedido de esos cuatro trajes por parte de la empresa de sastrería que los confeccionó obran a los folios 1565 a 1568 del tomo V, fijándose en ellas como fecha de entrega a la tienda Forever Young los días 8 y 29 de enero de 2007. Junto con esas hojas se ha remitido por la misma empresa de sastrería otra relativa a un quinto traje confeccionado para el mismo cliente con fecha de entrega el 23 de octubre de 2006 (folio 1564 del tomo V). Todas esas prendas se incluyen, con el mismo nombre de cliente, en la facturación remitida por la citada empresa a Forever Young por la confección de esas prendas (folios 1265, 1274, 1276 y 1278 del tomo IV).

B) Según declaró D. Pedro Jesús :

a) En ese mismo año 2006 Jesús Luis le encargó por teléfono la confección de un esmoquin para D. Octavio , que fue enviado a la oficina de Jesús Luis en Valencia, pero no existe constancia en las actuaciones de la hoja de encargo de sastrería, ni de la hoja de confirmación del pedido, ni de la recepción de dicha prenda por su destinatario.

b) También declaró dicho señor que el mismo Jesús Luis le encargó un frac a medida para él y otro, también a medida, para el Sr. Octavio , diciéndole que los necesitaban para un acto protocolario en el Vaticano, siendo confeccionado y entregado el correspondiente a Jesús Luis , pero como la premura de tiempo no le permitía hacer el otro frac a medida para el Sr. Octavio , optó por prestarle uno ya confeccionado que, una vez utilizado por el mismo en aquel acto, le fue devuelto por el expresado señor. Con motivo de ese mismo acto Jesús Luis le encargó también dos chalecos negros para los fracs, que confeccionó y remitió. El préstamo del frac fue admitido por el Sr. Octavio , quien afirmó haberlo devuelto juntamente con el chaleco negro.

c) Declaró igualmente el Sr. Pedro Jesús que en la primavera del año 2007 D. Octavio le encargó personalmente dos americanas a medida y algún pantalón, llevándose también en esa ocasión dos pares de zapatos de piel de potro de una reputada marca comercial. No existe constancia en las actuaciones de la hoja de encargo de aquellas prendas de vestir, ni de la hoja de confirmación del pedido por la empresa de sastrería. El Sr. Octavio admitió haberse llevado un solo par de zapatos en marzo de 2007 (con ocasión de recoger el tercero de aquellos trajes a medida por él encargados y a los que antes se ha hecho referencia), cuyo precio de 120 o de 130 euros dijo haber pagado en el acto y en efectivo. De los documentos de pago en efectivo que han sido aportados a la causa por la entidad propietaria del establecimiento a requerimiento de este instructor (folio 1291 del Tomo IV de las Diligencias Previas), no se desprende la realidad de ese pago en metálico, pues no coinciden dichos documentos ni con la fecha, ni con el precio, ni con la clase de género correspondientes a aquellos zapatos. Su precio, por tanto, debió ser incluido por Pedro Jesús en la cuenta de Jesús Luis y satisfecho luego por Nicolas , según el sistema convenido entre ellos.



d) En otoño de 2007 Jesús Luis pasó un día por la tienda y se llevó cuatro corbatas de elevado precio diciendo que eran para regalárselas a D. Octavio . Con ese motivo se generó un recibo de venta pendiente de cobro por importe de 438 € (folio 497 de la pieza I) que fue incluido en la cuenta de aquél para que fuera abonado por Nicolas . No se ha acreditado que esas corbatas fueran entregadas al Sr. Octavio .

e) También manifestó el Sr. Pedro Jesús que en la primavera o verano del año 2008 D. Octavio le encargó otros dos trajes a medida (que se probó en julio estando él de vacaciones), llevándoselos posteriormente junto con otros dos pares de zapatos, cuyo calzado luego devolvió. No existe constancia en las actuaciones de la hoja de encargo de esos trajes, ni de la hoja de confirmación del pedido, ni del recibo de venta pendiente de cobro. El importe de aquellos trajes, según Pedro Jesús , fue abonado mediante una transferencia de Orange Market, S.L. realizada el día 15 de octubre de 2008 con la que se abonó una deuda mayor por diversas prendas y por importe total de de 4.040 € (folio 378 de la pieza I y folios 2112 y 2121 y vuelto, al tomo VII).

C) En la primavera del año 2007 D. Simón encargó en la misma tienda del establecimiento "Forever Young" del Paseo de la Castellana, de Madrid, varias prendas de vestir a medida que fueron anotadas en sendas hojas de pedido de sastrería con fecha 3 de mayo de 2007 (parte de ellas obran a los folios 287 a 289, de la pieza I). En esa misma hoja de encargo se indica que el Sr. Simón ya tiene ficha abierta y que deben hacerse determinadas rectificaciones con respecto a las medidas del último traje. Según explicó Pedro Jesús , al existir esa ficha anterior no se hizo recibo de pago pendiente con la indicación de "nuevo cliente". En las hojas de confirmación de pedidos extendidas por la empresa de sastrería que confeccionó esas prendas a medida aparecen como encargadas en aquella ocasión a nombre de D. Simón , con el número de referencia 54464-11 a 17, las correspondientes a un traje y seis pantalones (folios 1726 al 1732, tomo VI), que fueron efectivamente confeccionados para dicho señor y a su nombre (folios 1952 y 1953, tomo VI), emitiéndose las oportunas facturas por la confección a la empresa la empresa que efectuó el encargo (folios 2191 y 2192, al tomo VII). Siguiendo el modo habitual de actuación, por ese pedido no se generó en la tienda ningún recibo de pago pendiente a nombre del verdadero interesado, el Sr. Simón , sino que el importe de esas prendas se incluyó en la cuenta de Jesús Luis y el pago que quedó pendiente se canceló, junto con una deuda de mayor importe, del modo que luego se dirá.

En la primavera del año 2008 el Sr. Simón adquirió en la tienda del mismo establecimiento, sita en la calle Concha Espina, de Madrid, dos pantalones vaqueros de la marca "Seven" que pagó en caja, según dijo él mismo y declaró también en igual sentido el Sr. Pedro Jesús (quien especificó que, de todos, fue este el único caso de pago en caja).

D) Entre finales del año 2006 y principios del 2007 D. Arsenio encargó en la misma tienda de Forever Young una americana, cinco trajes y un abrigo, todo a medida. Todos esos encargos quedaron anotados en sendas hojas de pedido de sastrería sin expresión de fecha (folios 300 a 306, de la pieza I), uno de cuyos pedidos (el del folio 302) coincide en su número de orden con los pedidos que hizo D. Simón en fecha 3 de mayo de 2007 (las hojas de confirmación del pedido por parte de la empresa de sastrería a la que se encargó su confección obran a los folios 1569 a 1575 del tomo V). El importe de todas esas prendas se incluyó en la cuenta de Jesús Luis y su pago se realizó del modo que seguidamente se dirá.

Las cantidades que quedaron pendientes de pago como consecuencia de las operaciones señaladas en los precedentes apartados A), C) y D) que se tienen por acreditadas, como también se tiene, al menos, la del par de zapatos mencionados de la letra c) del apartado B), fueron incluidas por Pedro Jesús en la cuenta que tenía convenida con Jesús Luis y con Nicolas , y su importe fue satisfecho juntamente con el de una deuda de más elevada cuantía cuya suma total comprendía la que se había generado en aquel periodo de tiempo por la adquisición de diferentes prendas de vestir. Esa deuda se fue cancelando parcial y sucesivamente por Nicolas del siguiente modo:

1) El día 3 de julio de 2007, mediante una transferencia bancaria de 9.497,60 € ordenada con cargo a la cuenta corriente de una sociedad del grupo denominada "Diseño Asimétrico, S.L." en el banco Bilbao Vizcaya, (folios 512 de la pieza I, 353 de la pieza I, 130 de la pieza II).

2) El día 5 de julio de 2007, mediante la entrega de cinco cheques, por importe total de 16.017,30 €, librados contra la cuenta corriente de la sociedad del grupo "Servimadrid Integral, S.L." en la entidad Banesto, tres de ellos de fecha 28 de junio (folios 340 y 341, 344 y 346, 357 y 359 de la pieza I), otro de fecha 4 de julio (folios 362 y 364 de la pieza I) y otro de fecha 13 de julio de 2007 (folios 367 y 369 de la pieza I y 30 de la pieza II).

3) Finalmente, los días 12 y 24 de julio de 2007, mediante sendas transferencias bancarias, una de 2.590 € y otra de 2.574 €, ordenadas con cargo a la misma cuenta corriente de la citada sociedad "Diseño Asimétrico, S.L." en el banco Bilbao Vizcaya (folios 512, 315, 331, 335 de la pieza I, y 104 de la pieza II).



Todos esos pagos parciales (que llegaron a hacerse efectivos en la cuenta bancaria de la entidad propietaria de Forever Young, "Castellana Inmuebles y Locales, S.A.", según resulta de los folios 2112, 2123 a 2133 y 2135, al tomo VII) se fueron anotando de forma manuscrita por el empleado del establecimiento D. Darío en la parte inferior de un folio en cuya parte superior figuraba la indicación "A/ATT. Nicolas (COMUNIDAD VALENCIANA)" seguida de una lista nominal que incluía los nombres de Octavio , Arsenio , Simón , Jesús Luis y Nicolas (folio 512 de la pieza I), junto a cada uno de cuyos nombres se indicaban unas cantidades expresadas en euros.

Ese documento fue hallado en una carpeta de facturas que guardaba Pedro Jesús en una dependencia del establecimiento con motivo de la realización de una auditoría contable que encargó la entidad propietaria del mismo (Castellana Inmuebles y Locales, S.A.) a raíz de los hechos que dieron lugar a las declaraciones del citado Pedro Jesús , primero, como testigo y, luego, como imputado, en las actuaciones origen del presente procedimiento. No se ha podido determinar quién fue la persona que hizo materialmente la relación nominal con signos tipográficos en mayúsculas que aparece en la parte superior de dicho documento, pero sí la de quien hizo las anotaciones manuscritas relativas a la cancelación de la deuda imputada a cada una de aquellas personas (el citado Darío), que las iba realizando a medida que se recibían los instrumentos de pago para saldarla. Esa lista respondía al modo de actuar convenido entre Pedro Jesús , Jesús Luis y Nicolas para que este último abonara los pagos pendientes, y parte de su contenido fue remitido por correo electrónico por Pedro Jesús , desde su dirección en "foreveryoung.es", a la dirección de Nicolas en "fcsgrupo.com" el día 19 de marzo de 2007, a las 11.41 horas, siendo reenviado por este último, desde esa misma dirección, a la de Jesús Luis en "specialevents.es", a las 20.57 horas del mismo día (folios 1453 y 1454 del tomo V).

5. La persona que realizaba el pago de las prendas del modo antes dicho solicitaba y obtenía la emisión de facturas por conceptos diferentes de los adquiridos, pero por igual importe que el efectivamente satisfecho (así, en folios 329 a 379 de la pieza I), con la presumible finalidad de utilizarlas para justificar aquellos pagos en la contabilidad de las empresas que asumían el cargo. Por esos hechos se formuló una denuncia por D. Benigno (representante de Castellana Inmuebles y Locales, S.A.), por posible delito de falsedad documental, que quedó unida a la causa principal de la que dimana este procedimiento (folios 318 y siguientes, pieza I y pieza II, y folios 1036 y 1169 a 1171, al tomo IV).

6. No existe constancia de ninguna relación directa entre el pago de las prendas de vestir con las que parecen haber sido obsequiados D. Octavio , D. Simón , D. Juan Manuel y D. Arsenio , y los concretos actos de contratación realizados por las autoridades y los funcionarios de cada uno de los concretos organismos de la Administración autonómica valenciana que decidieron su adjudicación a "Orange Market, S.L." en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a sus facultades decisorias y presupuestarias. Tampoco existe constancia de que los agasajos hacia aquellas cuatro personas fueran la causa determinante de esa concreta adjudicación decidida por las citadas autoridades y funcionarios responsables de los referidos organismos, cuyos criterios obedecían, más bien, al conocimiento interno que parecía tenerse en casi todos aquellos servicios y organismos de la existencia de "Orange Market, S.L." y de Jesús Luis , a quienes solían encomendarse las más variadas tareas y encargos".

QUINTO.- Frente a dicha resolución se interpusieron por los imputados en la misma, respectivamente, distintos recursos de apelación, los cuáles han sido impugnados por las acusaciones, ante ésta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, solicitando el sobreseimiento y archivo del procedimiento, con los razonamientos que, seguidamente, se expondrán:

1º) Recurso interpuesto por el Molt Honorable Sr. Octavio .

En el mismo, se solicita la revocación de la resolución recurrida, atendiendo a las razones expuestas mediante escritos de 6 de abril y de 17 de junio de 2009, cuyas razones estima plenamente vigentes, y que se evacuaron al darse vista de las diligencias practicadas, y ello como consecuencia de un análisis del mencionado auto, tanto en relación con dichas pruebas como en función de las sustanciales contradicciones internas del mismo.

En el primer escrito, tras destacar las contradicciones del testigo de cargo D. Pedro Jesús sobre el pago de las prendas, también hacía referencia a que además, los hechos no encajaban típicamente en el artículo 426 del Código Penal , ya que, no se encontraba ningún elemento fáctico que permitiera concluir que los supuestos regalos tuvieran que ver con la condición de autoridad y no con la que ostentaba en el Partido Popular, no existiendo una conexión causal entre la dádiva o regalo y la función de autoridad y en todo caso, estimaba que se excluía la tipicidad por la existencia de usos sociales, derivados de los actos del partido y las buenas relaciones existentes con D. Jesús Luis .

Con carácter subsidiario, estimaba que el archivo procedía por deber acordarse la nulidad de las actuaciones (artículo 238.1 y 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y ello, porque por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, se había venido sucesivamente prorrogando el secreto de las actuaciones, desde el 5 de septiembre de 2008, faltando la prórroga del correspondiente al 4 de diciembre,



siendo en consecuencia nulas las actuaciones. Como segundo motivo de nulidad entendía que se había afectado al derecho a un procedimiento con las debidas garantías en relación con el derecho al Juez predeterminado por la Ley porque el indicado Juzgado Central de Instrucción, ante la aparición en las actuaciones de un posible aforado, como el recurrente, debió remitir el procedimiento o la parte que afectara al aforado, a ésta Sala Civil y Penal como Tribunal competente. A su vez subsidiariamente a la anterior nulidad, entendía que las actuaciones llevadas a cabo por el Juez Instructor a partir del auto de inhabilitación de 5 de marzo de 2009, también resultaban nulas, por infracción del artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación no sólo con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, sino también con el derecho a las garantías del procedimiento y a la tutela judicial efectiva.

Seguidamente, en su escrito de 17 de junio de 2009, ratificaba su escrito de 6 de abril e insistía, en que no existían indicios bastantes para acreditar los hechos inicialmente atribuidos, entendiendo que en términos acusatorios no resultaban típicos. Y así, insistía en las contradicciones del Sr. Pedro Jesús, y en la ausencia de cualquier pago por terceros. Seguidamente añadía, que de las diligencias practicadas, no podía desprenderse que el Sr. Octavio comprara prenda alguna en Milano, sino que simplemente encargó determinados trabajos que fueron devueltos. Y respecto de las adquisiciones realizadas en la tienda Forever Young, se ratificaba que se compró y abonó lo adquirido en el acto por el Sr. Octavio, explicando las razones del pago en metálico, realizando distintas consideraciones sobre las diligencias probatorias practicadas.

Y en lo que constituye su alegación tercera, que es donde específicamente, se sostienen directamente los argumentos tendentes a la revocación de la resolución recurrida, muchos de ellos reiterativos de los anteriores, entendía que no existía una prueba en términos mínimamente aceptables en Derecho para entender que terceros hayan pagado prenda alguna al Sr. Octavio, recordando el valor de la presunción de inocencia, el valor de la declaración de los coimputados y la exigencia de prueba de cargo bastante, no pudiendo sanarse la carencia de prueba de cargo con la falta de credibilidad que el Tribunal otorga a la prueba de descargo.

Los argumentos esenciales sostenidos por dicha representación procesal tendentes a estimar no acreditados los hechos relativos a la adquisición y regalo de los trajes por terceros, pueden, resumirse, en los siguientes:

En cuestionar la valoración judicial realizada de la declaración del testigo D. Pedro Jesús, y ello, tanto por sus contradicciones, y por concurrir en dicho testigo una situación procesal anómala e irregular, al haber declarado como testigo, cuando está imputado por falsedad documental en las diligencias seguidas en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y sin embargo D. Jesús Luis, en igual situación declara con las garantías de imputado.

Por las contradicciones internas sustanciales de la resolución recurrida, y ello, porque descarta buen número de las prendas supuestamente adquiridas por el Sr. Octavio a las que se refirió el Sr. Pedro Jesús cuando cambió de versión, así como porque se dan por pagadas por terceros prendas que se reconoce en el propio auto como no adquiridas por el Sr. Octavio, no guardando una correlación de las cantidades que se dicen pagadas con la supuesta compra en concreto y siempre integrándose en pagos globales, y cuya integración tiene lugar por razón de lo que afirma el Sr. Pedro Jesús o por instrucciones que se dice que éste daba. Analizando las supuestas compras en los dos establecimientos comerciales, indica:

a) Por lo que se refiere a las supuestas compras en Milano, niega que visitara el establecimiento a principios del año 2006, porque no lo hizo antes de la primavera o verano de dicho año, en que se encargaron los cuatro trajes. Recordaba que los trajes encargados fueron todos devueltos, no siendo posible entender que se adquirieron los trajes cuando se reconoce que se devolvieron. Igualmente, negaba que fuera posible la adquisición de las tres americanas.

b) Por lo que se refiere al establecimiento comercial "Forever Young", destacaba que llamaba la atención que se atribuyan a compras del Sr. Octavio pagos y recibos realizados con anterioridad a la hipotética compra (se indica en el auto que un traje con hoja de pedido el 4 de enero del 2007 genera un recibo de venta el 4 de noviembre de 2006, lo que es imposible), que se identifique el concepto "Octavio Nuevo Cliente" con el Sr. Octavio pese al contundente informe de Forever Young del Sr. Benigno y Sra. Gracia, que no cuadre la cifra asignada al Sr. Octavio con las prendas compradas en el conocido documento 71, folio 513, por la cuantía de 5.393, 50 euros, cuando los cuatro trajes suman 2880 euros, lo que demostraba que se trataba de una inclusión voluntaria, pues toda la documental se enmarcaba en las construcciones del Sr. Pedro Jesús que decidía a quién atribuir, para justificarlos, los diversos pagos, sin control alguno, englobándolos en compras ya abonadas o supuestas.

Que no se traían a colación elementos de la investigación de evidente descargo para los imputados, como el informe pericial del Sr. Estanislao, y se evita toda consideración sobre el contenido de la diligencia de la Sra. Secretaria Judicial del 20 de junio de 2009 en la sede social de la empresa Castellana de Inmuebles y Locales y sobre el informe de 3 de julio de 2009. Finalmente, respecto de la selección de una cadena de conversaciones



telefónicas, hacía referencia a la ausencia de intervención de las partes en la selección lo que constituye una quiebra elemental del derecho de las partes, olvidándose de la habida entre el Sr. Jesús Luis y el Sr. Millán , haciendo referencia posteriormente a la imposibilidad de que si las conversaciones comienzan el 20 de enero de 2009, pueda transcribirse una conversación entre los Sres Nicolas y Cirilo .

Por tanto, solicitaba el sobreseimiento libre del procedimiento (artículo 637.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y con carácter subsidiario, a efectos dialécticos, el sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito (artículo 637.2 de la Ley procesal penal), ya que entendía, que aún siendo ciertos los hechos, no podían integrar el delito del artículo 426 del Código Penal , reiterando su escrito de 6 de abril, entendiendo que desde la perspectiva del interés jurídico protegido, que no existía la menor afección al mismo ni su puesta en peligro por la conducta descrita en la resolución recurrida no pudiendo hablarse de la necesaria antijuridicidad material, adentrándose en el peligroso campo de las valoraciones incompatibles con el principio de legalidad.

Recordaba, que conforme a la jurisprudencia, debe concurrir la necesaria conexión causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, no siendo esa relación lineal sino en razón a las posibles actuaciones que pueda llevar a cabo dicho cargo, siendo necesario probar que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga, le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito, sin que la resolución recurrida discierna sobre supuestos regalos típicos y su relación con el correcto, imparcial y objetivo desarrollo de las funciones del Sr. Octavio , acreditando la testifical lo contrario, ya que, si los regalos fueran ciertos ninguna eficacia tuvieron para las adjudicaciones contractuales, como declararon los miembros de las Mesas de Contratación. Insistía, en la no intervención del Sr. Octavio en adjudicación alguna, siendo un medio absolutamente inidóneo el supuesto regalo en si mismo si se hubiera pretendido alguna finalidad por quien hiciera el regalo.

Igualmente indicaba, que no analiza la resolución recurrida, hipótesis alternativas a la condición de Presidente de la Generalitat Valenciana, pues algún conocimiento tenía que haber en atención a las funciones realizadas con relación en actos y campañas del Partido Popular.

2) Recurso de apelación formulado por el Ilustre Señor Diputado de las Cortes Valencianas D. Simón .

Solicita la revocación de la resolución recurrida para que se acuerde el sobreseimiento libre y archivo.

Sostenía que el Instructor centraba la hipotética relación del Sr. Simón con la empresa Orange Market SL y el Sr. Jesús Luis por el cargo que el recurrente ocupaba en el seno del Partido Popular Valenciano, y ello, con independencia de que fuera, o no, Diputado en las Cortes Valencianas, lo que evidencia la inexistencia de la conexión entre la entrega de la supuesta dádiva con el cargo de Diputado.

Cuestionaba la declaración del Sr. Pedro Jesús , y que las hojas de encargo fueran encargadas por el recurrente. Respecto de las compras realizadas, indicaba: a) Que en el establecimiento de Milano, únicamente encargó un solo traje, que no se hizo a su satisfacción, que se efectuaron los correspondientes arreglos, motivo por el cuál se confeccionó un nuevo traje, y que dada la precariedad del trabajo, nunca se pudo poner, siendo éste el único pedido realizado. Añadía, que dicho encargo fue pagado, como viene a desprenderse de la declaración del Sr. Pedro Jesús , que reconoció que la secretaria del recurrente preguntó por el pago y se le indicó que se lo abonara al Sr. Jesús Luis , b) Respecto de las adquisiciones de Forever, entendía que no se podían inferir de la prueba practicada, no siendo las supuestas hojas de encargo, las encargadas por el mismo, ya que no se corresponden con sus medidas, no pudiéndose afirmar que fuera cliente de dicho establecimiento.

Igualmente, insistía en que aún admitiendo la entrega de la dádiva, a efectos dialécticos, la finalidad no podía provenir por la condición de Diputado a las Cortes Valencianas sino por su cargo dentro del Partido Popular de la Comunidad Valenciana (particular), dada la relación que la empresa Orange Market SL mantenía con dicho partido, condición que estaría al margen del Derecho Penal. Destacaba la necesidad de la concurrencia de un enlace causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, "en consideración a su función". Concluía que no había aceptado las dádivas, que no existía una conexión causal entre éstas y su condición de Diputado y que nunca ha disfrutado de ningún cargo en la Generalitat Valenciana. Finalmente, indicaba que no resultaba procedente mantener el status de imputado respecto del Sr. Simón .

Recurso formulado por el Honorable Señor D. Juan Manuel .

En relación a los hechos imputados por la resolución recurrida, se solicita el sobreseimiento libre del artículo 637.1 en relación con el 779.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , porque estima concurre una inexistencia de "indicios racionales de haberse perpetrado el hecho", a saber, regalos recibidos por autoridad en consideración a su función. Subsidiariamente, solicita el sobreseimiento provisional del artículo 641.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no resultar "debidamente justificada la perpetración del delito.



Las discrepancias fácticas de esta parte recurrente, se refieren, tanto a la realidad, fecha y detalles de las prendas encargadas, y en particular, por atribuir un segundo encargo, sobre la primavera de 2006, que no reconoce, constituyendo núcleo del recurso, como así indica, que la entrega de dichas prendas no constituía un regalo sino que fueron abonadas por el Sr. Juan Manuel al Sr. Jesús Luis , y luego éste se lo abonó a Milano, estimando que aunque no exista una constancia documental, sí puede inferirse por vías indirectas (afirmación de los Sres Juan Manuel y Jesús Luis , verosimilitud de tal afirmación al existir circunstancias personales de amistad y que explicaría la ausencia de cualquier recibo, o por el reconocimiento del Sr. Pedro Jesús de que recibió llamadas de la secretaria del Sr. Juan Manuel interesándose por el pago).

Entiende que existen serias sospechas sobre la autenticidad del contenido de los tiquets de caja que se atribuyen al recurrente en los inventarios semestrales. Así, respecto de la primera adquisición de prendas de vestir realizadas por el Sr. Juan Manuel , y procedentes del establecimiento Milano, se indica que consistieron en tres trajes, dos americanas y cinco pantalones por importe de 4850 euros (evidenciada por el tique nº NUM003 , obrante en las actuaciones), pese a lo cuál sostiene que el contenido de dicho tiquet no puede ser cierto, porque la fecha que incorpora es del 28 de enero, que era la del encargo o a lo sumo uno o dos días posteriores, y en cambio el Sr. Pedro Jesús declaró que la toma de medidas tuvo lugar sobre mayo o junio de 2005. E igualmente, cuestiona la segunda adquisición por dichos razonamientos.

Sostiene, como núcleo del recurso, que las prendas no fueron un regalo sino que fueron compradas abonándose las el recurrente al Sr. Jesús Luis , lo que estima verosímil dada la amistad entre ellos

Recurso formulado por D. Arsenio

Cuestiona el recurrente, en modo similar a anteriores recursos, el que la resolución recurrida se haya basado para dar por acreditados los hechos, en la cambiante declaración testifical del Sr. Pedro Jesús , y en haber otorgado fiabilidad a la documentación contable generada, tanto por Milano como y Forever Young, que contenía serias irregularidades.

Indica la parte recurrente, que la resolución recurrida estima que el Sr. Arsenio adquirió y no pagó en el establecimiento de Milano, tres trajes a medida, un abrigo a medida y otro de confección, y dos americanas a medida, por importe de 3549 euros (compra realizada en enero de 2005), y otra de tres trajes, una americana y un pantalón por un precio conjunto de 3250 euros encargados al Sr. Pedro Jesús en una visita de éste a Valencia (compra realizada en fecha indeterminada del año 2005). Y respecto del establecimiento de Forever Young, a finales del año 2006 o principios de 2007, una americana, cinco trajes y un abrigo, por un precio que no especifica. El recurrente, reconoce haber comprado en la tienda de Milano tres trajes, una americana y un pantalón (finales de 2006), por los que pagó al Sr. Jesús Luis 2000 euros, y en Forever, cuatro trajes a medida por un precio de 4000 euros que entregó también a la indicada persona, no reconociendo, la compra de otros cuatro trajes más, tres abrigos, y tres americanas en el período de entre 2005 a 2007.

En relación a la segunda compra encargada al Sr. Pedro Jesús en Valencia, y procedente del establecimiento de Milano, se indica que la constituyen tres trajes, una americana y un pantalón por importe de 3250 euros, que debe estimarse acreditado, en ésta fase procesal, habida cuenta que el Instructor basa sus conclusiones en el tiquet (nº NUM004), además de las declaraciones citadas. Igualmente manifiesta que abonó al Sr. Jesús Luis 2000 euros en el mes de julio de 2006, para hacerlo coincidir con la paga extra, realizando las dos disposiciones bancarias que señala el día 4 de julio por importes de 1500 y 500 euros

Respecto de la tercera compra, que, conforme a los hechos de la resolución recurrida, tuvo lugar ya en el establecimiento Forever Young, entre finales del año 2006 y principios de 2007, y relativas a una americana, cinco trajes y un abrigo a medida, por importe que no se indica, la parte recurrente reconoce que estuvo en el citado establecimiento en enero de 2007, y que hizo un encargo de prendas de vestir, pero no reconoce que sean las que refleja la resolución recurrida, ya que, su adquisición se limitó a cuatro trajes, por un importe conjunto de 4000 euros que abonó al Sr. Jesús Luis mediante un pago aplazado durante el año 2007 de la forma que reseña, y mediante disposiciones de efectivo (27 de abril 500 euros; 20 de junio 2000 euros, 24 de octubre 1980 euros, de los que 1500 euros destinó a dicho pago).

Desde el punto de vista jurídico sostiene que el Sr. Arsenio , que era Director de Gabinete de la Agencia Valenciana de Turismo, con la que estaba vinculado por una relación laboral, no es funcionario público a efectos del artículo 24 del Código Penal , habida cuenta que la naturaleza de la actividad que desempeñaba en relación con las ferias de turismo en las que la Comunidad Valenciana instaló pabellones no supone ejercicio de funciones públicas.

Añade, que en todo caso, los hechos no tenían encaje en el artículo 426 primer inciso del Código Penal . Invoca la interpretación restrictiva del tipo propia del Derecho Penal, y la interpretación que debe realizarse respecto la expresión "en consideración a su función" contenida en el precepto. Así alega, que ni en las



fechas en que sucedieron los hechos ni con posterioridad, el Sr. Arsenio ha tenido respecto de Orange Market u otras sociedades de su grupo, ni respecto de sus gestores, relación alguna por razón de sus competencias como Jefe de Gabinete de la Agencia Valenciana de Turismo que pudiera suponer para aquellas sociedades o para sus gestores una ventaja de futuro derivada del desarrollo en su trabajo en la Agencia, siendo ajeno a los procedimientos administrativos que culminaron con la adjudicación a Orange Market de determinados concursos, estimando que la resolución recurrida otorga al vocablo "función", que utiliza el tipo una desmesurada extensión, equiparándolo a la simple ostentación por parte del autor de un título que le permita calificarlo simplemente de funcionario a efectos penales, aún cuando, por razón de sus competencias, se encuentre absolutamente desvinculado del particular obsequiante, por lo que en la resolución recurrida se anuda la responsabilidad a la simple condición de funcionario y convierte en indicio (la ausencia de cualquier otra razón), en lo que precisamente, debería haber considerado como contraindicio.

SEXTO.- Frente a dicha resolución, por el Ministerio Fiscal, se interpuso recurso de apelación, que es impugnado por las defensas y al que se adhiere la acusación popular, previo recurso de reforma, que el Instructor desestimó por Auto de 14 de julio de 2009. El objeto del recurso del Ministerio Fiscal es extender los hechos inicialmente imputados, y relativos a la figura del delito de cohecho pasivo impropio del artículo 426 del Código Penal , a los que pudieran derivarse del cohecho activo (art. 423 del Código Penal), es decir, respecto de los particulares que han obsequiado a dichas autoridades y funcionarios públicos, de forma, que pudieran analizarse y, en su caso, enjuiciarse, las referidas conductas bilaterales en un mismo procedimiento.

En consecuencia, el Ministerio Fiscal, tras unas previas consideraciones sobre que el recurso adecuado debía ser el de queja dada la supletoriedad del procedimiento ordinario, solicitaba la revocación de la resolución impugnada, acordando que la comparecencia a celebrar en los términos del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado lo sea también respecto de Jesús Luis , Nicolas y Millán en relación con los hechos contenidos en la resolución recurrida.

El Ministerio Fiscal, en su recurso, sostenía la tipicidad de la conducta de los particulares en el artículo 423 del Código Penal , negada por tres de las cuatro defensas, es decir, el denominado cohecho activo impropio, citando al respecto diversas sentencias del Tribunal Supremo (STS 11 de mayo de 1994 , 7 de noviembre de 1997 , y 13 de enero de 1998), por lo que, entendía que se trataba de un criterio consolidado sin que, estimaba, que pudiera verse afectado por una única sentencia contraria (STS 8 de junio de 2006), indicando que el carácter bilateral de éste tipo de cohecho es asumido en el Auto de ésta Sala de 21 de abril de 2009 .

En consecuencia, entiende el Fiscal que determinada la tipicidad de los hechos imputados a particulares, que en esencia son los mismos, dichas conductas debían enjuiciarse en éste procedimiento, dada la íntima relación entre las conductas de quienes aparecen como particulares donantes de los regalos, y las autoridades y funcionarios perceptores de los mismos, por lo que, su enjuiciamiento conjunto resultaba ineludible, pudiendo dar lo contrario a pronunciamientos contradictorios.

SEPTIMO.- Por el procurador D. Juan Antonio Ruiz Martin, en representación de D. Nazario , D. Jose Carlos , Dña Paula y Dña María Inmaculada , todos ellos Diputados del Grupo Parlamentario Socialista de las Cortes Valencianas, personados en el concepto de acusación popular, se interpone recurso de apelación contra el Auto de 16 de julio de 2009, que desestimó el de reforma previamente interpuesto contra el Auto de 6 de julio anteriormente indicado, al que se adhiere en parte el Ministerio Fiscal, e impugnan las defensas.

Solicitaba solicitar la continuación de las Diligencias Previas, y la práctica de diversas diligencias: requerimientos documentales de aportación de diversos expedientes de contratación entre la Generalitat Valenciana y las empresas Orange Market, S. L., Easy Concert, S. L., Down Tow, S. L., remisión de la contabilidad de diversas sociedades obrantes en las Diligencias 1/2009 tramitadas ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid , declaración como imputados de Millán , Nicolas , Cirilo , Mariana , y Efrain , así como diversa prueba testifical. Y todo ello por entender que la decisión de conversión del procedimiento a Jurado, resulta cuanto menos precipitada, porque aún está por determinar con la precisión exigida los hechos punibles y la identificación de las personas a las que se les imputen, tal y como se ha venido sosteniendo en diversos recursos de reforma y de apelación interpuestos por dicha parte contra la denegación de diligencias de investigación, entre las que se encontraban la solicitud de la comparecencia en calidad de imputados, entre otros, de Millán , Nicolas y Pascual , entendiéndose que de admitirse tal práctica de diligencias podría variar la calificación, y sobre todo, la concurrencia de otros delitos que excluyeran la competencia del Tribunal del Jurado.

Estimaba que las diligencias solicitadas tenían como pretensión acreditar el tipo de cohecho, ya que, aunque la doctrina ha sostenido que aún cuando el artículo 426 del Código Penal parece excluir el cohecho activo, sin embargo le es también de aplicación la variable del artículo 423 del mismo texto legal , requiriendo esta proteica valoración jurídica, el examen de los expedientes de contratación por los que los imputados por razón



de su cargo hayan tenido contacto con las empresas adjudicatarias, máxime si para la jurisprudencia es un indicio relevante, aún cuando se circunscribiera la calificación al artículo 426 del texto penal anteriormente citado, criterio que se apunta en el Auto del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2009 .

Entendía que las limitaciones competenciales asignadas en el Auto de esta Sala de 21 de abril de 2009 han impedido el examen de la concurrencia de otras conductas delictivas que, de comprobarse, excluirían la aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, siendo ésta en realidad la cuestión de fondo que se sustancia en el recurso, junto con la apelación pendiente de elevar a la Sala, y que en definitiva trata de que a la luz de las diligencias practicadas la Sala varíe su competencia.

OCTAVO.- Tras tenerse por interpuestos y admitido los indicados recursos de apelación, mediante providencia del Magistrado-Instructor se dio traslado a las demás partes por plazo común de cinco días para que pudieran alegar cuanto estimaran conveniente, presentando los escritos de adhesión e impugnación anteriormente indicados.

NOVENO.- Por providencia del Ilmo Sr. Magistrado-Instructor de fecha 27 de julio de 2009, tras haber transcurrido el plazo legalmente establecido para la impugnación de los recursos de apelación de los imputados contra el auto de fecha 6 de julio del presente, así como el relativo a los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio Fiscal contra el auto de 14 de julio resolutorio del de reforma contra el citado de 6 de julio, y el relativo al de apelación interpuesto por la acusación popular contra el auto de 16 de julio, resolutorio también del de reforma contra el citado auto de 6 de julio, acordaba elevar las actuaciones originales a esta Sala Civil y Penal para la decisión del mismo.

DECIMO.- Por providencia de esta Sala de fecha 27 de los corrientes, se acordó turnar la Ponencia para la resolución de los recursos de apelación interpuestos anteriormente indicados, según las normas de reparto de esta Sala, correspondiendo su designación al Ilmo Sr. Magistrado D. José Francisco Ceres Montés, que formará Sala con el Excmo Sr. Presidente D. Juan Luis de la Rúa Moreno y con el Ilmo Sr. D. Juan Montero Aroca.

UNDECIMO.- Dado que el plazo para el dictado de la presente resolución se iniciaba el 28 de julio, y finalizaba el 1 de septiembre, dada la inhabilidad del 1 de agosto, por auto de ésta Sala de fecha 30 de los corrientes, para no interrumpir la continuación de la deliberación, redacción y notificación de la presente resolución, se acordó habilitar los días 1, 2 y 3 de agosto del presente.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La resolución recurrida es el Auto del Ilmo. Sr. Magistrado-Instructor, de fecha 6 de julio de 2009, Auto en el que acordó, en el ámbito que es propio del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y una vez practicadas las diligencias que se han considerado esenciales, por un lado, el fin de la fase de instrucción y, por otro, desestimar el sobreseimiento libre con archivo de la causa, y ello frente a lo solicitado por los imputados, autoridades y funcionarios públicos a los que se refieren los antecedentes de la presente resolución. En el Auto se estima que concurren suficientes indicios racionales de responsabilidad criminal hacia los imputados por un delito de cohecho previsto y penado en el artículo 426, primer inciso, del Código Penal, y en consecuencia, ordenó continuar el procedimiento por los trámites establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

Contra esa resolución se interponen por los cuatro dichos imputados y de forma directa, otros tantos recursos de apelación, solicitando esencialmente, y como denominador común a los mismos, el sobreseimiento libre con archivo, primero, por no estar acreditados los hechos imputados y, después y subsidiariamente, porque los hechos no son constitutivos de delito. Es decir, se pide el sobreseimiento con fundamento en los números primero y segundo del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y por ese orden.

Además de dicha petición respecto del sobreseimiento, en el recurso interpuesto por el Sr. Octavio, si bien referencialmente, se hace una remisión a un escrito de alegaciones anterior, el de 6 de abril de 2009, que contiene una solicitud de nulidad de actuaciones, que ya había sido desestimado por el Instructor (Auto de 4 de mayo de 2009).

A su vez las partes acusadoras, pública y popular, interponen contra dicha resolución de 6 de julio de 2009, tras haberse desestimado previamente el de reforma, otros dos recursos de apelación. En el del Ministerio Fiscal se pide una ampliación del objeto procesal al cohecho activo, dada la que estima íntima conexión con el cohecho pasivo imputado en la resolución recurrida, de forma tal que solicita que se revoque la resolución recurrida acordando celebrar la comparecencia prevenida en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, no únicamente respecto de las autoridades y funcionarios públicos imputados por el delito de cohecho pasivo impropio, sino también respecto a Jesús Luis, Nicolas y Millán, presuntos donantes de los obsequios recibidos y, en consecuencia, posibles autores del delito de cohecho activo.



Por parte de la acusación popular personada en las actuaciones se solicita la revocación de la resolución recurrida, pidiendo la continuación del procedimiento por el trámite de Diligencias Previas, por estimar precipitada la decisión de transformación a procedimiento de la Ley del Jurado, por estar aún por determinar con la precisión exigida tanto los hechos punibles como la identificación de las personas a las que se les imputan, para acabar solicitando la práctica de distintas diligencias de investigación.

Razones de método y de estricta lógica procesal, aconsejan: 1) Resolver en una misma resolución la pluralidad de recursos de apelación interpuestos por las distintas partes personadas, imputadas y acusadoras, habida cuenta de que se trata de la misma resolución recurrida, y 2) Proceder inicialmente a la resolución del particular contenido en el recurso del Sr. Octavio , relativo a una posible nulidad de las actuaciones, cuyo pronunciamiento por parte de ésta Sala, debe ser ineludiblemente previo al análisis de la procedencia de los demás recursos de apelación formulados.

A su vez, resuelta, como lo será en sentido desestimatorio la referida petición de nulidad, se resolverán, con arreglo a la citada lógica procesal, en primer lugar, los recursos de las partes acusadoras, en tanto en cuanto postulan de una u otra forma una posible ampliación del objeto procesal, cuya previa decisión constituye un prius para poder valorar ulteriormente, y conforme a lo que se resuelva al respecto, la procedencia del sobreseimiento solicitado por partes imputadas.

SEGUNDO.- Por tanto, antes del análisis de los distintos recursos de apelación indicados en el anterior fundamento jurídico, debe procederse, a analizar la alegación, siquiera referencial y por mera remisión a escritos anteriores, que efectúa la representación del Sr. Octavio , en la que se solicita la declaración de nulidad de determinadas actuaciones. La preferencia en esta cuestión se deriva de que la estimación de la misma afectaría a la regularidad del procedimiento y, en consecuencia, haría innecesario el análisis de los demás recursos interpuestos.

Dicha nulidad venía planteada, aunque con carácter subsidiario, en un escrito de esa parte, el de 6 de abril de 2009, al que alude genéricamente la representación del Sr. Octavio en este recurso de apelación, cuando pasa a reproducir en su integridad dicho escrito, sosteniendo: "por estar plenamente vigentes en su fundamentación tras la instrucción practicada", si bien, es de insistir, no contiene una autónoma, expresa y concreta referencia al planteamiento de la nulidad, fuera de dicha mención indirecta, ni tampoco la contiene en el suplico del escrito del recurso de apelación, limitado a solicitar el sobreseimiento libre de las actuaciones al amparo de lo previsto en el artículo 637, 1.º y 637, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . No obstante ello, aún pudiendo dudarse de si en realidad mantiene o no dicha petición de nulidad, la Sala se pronunciará, aunque sea someramente, sobre la misma a la vista de los antecedentes procesales existentes.

En el citado escrito de 6 de abril se consideraba que procedía el archivo del procedimiento al deber acordarse la nulidad de las actuaciones (art. 238, 1º y 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), y ello, porque por parte del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, se había venido sucesivamente prorrogando el secreto de las actuaciones, desde el 5 de septiembre de 2008, por sendos autos de idéntico contenido, no constando la resolución que acordara la prórroga correspondiente al mes de diciembre, por lo que la causa había estado secreta sin deber estarlo desde el 4 de diciembre de 2008 hasta la fecha, siendo los autos posteriores al 4 de noviembre de 2008 prórrogas de una resolución sin constancia en los autos, y en consecuencia nulas las actuaciones que han tenido lugar en estas fechas por infracción del artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con quiebra del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a la defensa (art. 24 de la Constitución).

Igualmente, como segundo motivo de la nulidad, entendía que se había afectado al derecho a un procedimiento con las debidas garantías en relación con el derecho al juez predeterminado por la Ley (art. 24 de la norma suprema indicada), porque el indicado Juzgado Central de Instrucción, ante la aparición en las actuaciones de un posible aforado, como el recurrente, debió remitir el procedimiento, o la parte que afectara al aforado, a ésta Sala de lo Civil y Penal como tribunal competente, conociéndose ya desde el 6 de noviembre de 2007, la referencia y aparición del Sr. Octavio en las actuaciones, por lo que el indicado Juzgado debió inhibirse ante ésta Sala, no existiendo necesidad de una instrucción conjunta inicial para provocar una conexión inexistente con los hechos, siendo esa supuesta conexión irreal, dando lugar a la sustracción de la competencia al Tribunal competente, dando lugar a la nulidad de las actuaciones respecto de lo instruido por dicho Juzgado.

A su vez, subsidiariamente a la anterior nulidad, entendía que las actuaciones llevadas a cabo por el Juez Instructor a partir del Auto de inhibición de 5 de marzo de 2009 , también resultaban nulas, por infracción del artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación no sólo con el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, sino también con el derecho a las garantías del procedimiento y a la tutela judicial efectiva.



Dicha solicitud de nulidad, que se insiste, no se formula de modo expreso en éste recurso de apelación, en todo caso debe ser desestimada por ésta Sala, habida cuenta de desconocerse si en realidad se está o no de nuevo formulando, máxime cuando no figura en el suplico ni se desprende del mismo, además de que fue resuelta en sentido desestimatorio por el Instructor en el Auto de 4 de mayo de 2009, sin que conste haya sido recurrida, al menos en apelación en su adecuado momento procesal ante ésta Sala, por lo que, en consecuencia, fue consentida y firme.

En todo caso, diremos, que dicha resolución, con cita de copiosa doctrina jurisprudencial, desestima la invocada nulidad al no existir constancia del Auto de prórroga del secreto sumarial del día 4 de diciembre de 2008, porque aún no apareciendo unido a la actuaciones el documento en que se plasmaba la resolución judicial indicada correspondiente al mes de diciembre de 2008, sí aparecía dictada en el sistema informático (quedaba registrado automáticamente con el número de acontecimiento 61 de aquél procedimiento), por lo que existía un acto que fue registrado en soporte informático aunque no quedara reflejado en un documento en papel. De este modo, no se duda de la existencia del "acto" aunque no apareciera plasmado en un "acta" en forma escrita (partiendo de la distinción entre el acto jurídico, como declaración de voluntad, que existió sin duda, y la plasmación documental y en papel).

Igualmente, además de precisar con el pertinente detalle fáctico, que la incoación de las Diligencias judiciales tuvo lugar el día 6 de agosto de 2008, y que existía una relación de conexidad indudable entre las indicadas diligencias y aquéllas a las que fueron incorporadas, al referirse a supuestas dádivas que al parecer se realizaban por los sujetos imputados en dichas Diligencias Previas y al modo cómo éstos disimulaban su actuación mediante la petición de facturas por conceptos distintos de las operaciones verdaderamente realizadas, entendía, que la no remisión anterior del procedimiento a ésta Sala, pese a encontrarse imputada una persona aforada, no entrañaba, en el supuesto, vulneración ninguna del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley, porque es constante doctrina jurisprudencial, que expresamente se citaba como la STS 15 de octubre de 2004 y el ATS de 27 de enero de 1998, que cuando se imputen actuaciones criminales a varias personas y alguna de ellas tenga el carácter de aforado, además de deber individualizarse la conducta concreta respecto de dicho aforado, ha de indicarse la concurrencia de "algún indicio o principio de prueba suficiente" que pueda servir de apoyo a tal imputación, lo que exige una previa actividad jurisdiccional para su debida averiguación y constancia.

Es más, podemos añadir, que el Tribunal Supremo, siguiendo dicha constante doctrina, en su Auto de 7 de abril de 2009 (núm. de recurso 20121/2009) inadmitió la querrela interpuesta contra el Ilmo. Sr. Juez Central de Instrucción de la Audiencia Nacional, que conoció de las mencionadas Diligencias Previas 275/2008, precisamente siguiendo similares criterios a los del Auto de 4 de mayo del 2009 dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor de ésta Sala.

Finalmente el Instructor desestimaba la petición de nulidad basada en haberse practicado ulteriores diligencias pese a haber dictado el Auto de 5 de marzo de 2009, entre ellas la declaración del Sr. Pedro Jesús el día 13 de marzo de dicho año, porque se habían acordado en una resolución anterior, si bien se aplazó debido a la incomparecencia de alguna de las personas que debían declarar el día y hora inicialmente señalados a tal efecto, además de que el Juzgado Central de Instrucción no podía dictar un genuino Auto de inhibición, dadas las concretas condiciones procesales y de superior rango del órgano judicial que debía efectuar la declaración sobre su propia competencia debiendo elevar la pertinente exposición razonada, por lo que mientras no se efectuara esa declaración dicho Juzgado debía proseguir en la actividad instructora llevando a cabo las pertinentes diligencias, a excepción de las que afectaran directamente a la persona aforada, añadiendo que en cualquier caso podían reproducirse la práctica de dichas diligencias, ante el órgano que resulte definitivamente competente.

La Sala, en consecuencia, ante el no expreso planteamiento en el recurso de dicha nulidad, en que con anterioridad la misma fue desestimada por el Instructor, y no fue recurrida, y porque son plenamente ajustadas a Derecho las consideraciones jurídicas reseñadas por el Instructor en la indicada resolución, desestima expresamente la misma.

TERCERO.- De conformidad con lo anteriormente indicado, procede en primer lugar, analizar los recursos de las partes acusadoras, en tanto en cuanto, singularmente el interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que se adhiere la acusación popular, de ser estimado, implicaría una ampliación del objeto procesal.

a) El objeto del recurso del Fiscal

Lo que el Fiscal pretende es extender los hechos inicialmente imputados, y relativos a la figura del delito de cohecho pasivo impropio del artículo 426 del Código Penal, a los que pudieran derivarse del cohecho activo (art. 423 del Código Penal), es decir, respecto de los particulares que han obsequiado a dichas autoridades



y funcionarios públicos, de forma que pudieran analizarse y, en su caso, enjuiciarse, las referidas conductas bilaterales en un mismo procedimiento.

Con el indicado planteamiento se interpuso por el Ministerio Fiscal previo recurso de reforma, que el Instructor desestimó por Auto de 14 de julio de 2009, con fundamento en no indicarse norma alguna que se considere infringida en el Auto de 6 de julio de 2009, en que no se solicita la revocación de ninguno de los pronunciamientos que en el mismo se contienen y en que se trataba de una ampliación del objeto del proceso, cuando la Sala de lo Civil y Penal ya había delimitado, al admitir su competencia, el objeto de ese proceso a las conductas del cohecho pasivo impropio, conociendo de las conductas sobre las que se postula la ampliación otro órgano jurisdiccional, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, por tanto, dentro del objeto más amplio de otro proceso en curso.

El Ministerio Fiscal, como consecuencia de esa pretendida ampliación del objeto procesal, lo que al respecto interesa en el suplico de éste recurso de apelación es la revocación de la resolución impugnada, acordando que la comparecencia a celebrar en los términos del artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado lo sea también respecto de Jesús Luis , Nicolas y Millán en relación con los hechos contenidos en la resolución recurrida

b) La inaplicación del recurso de queja

De modo previo se realizan por el Fiscal distintas consideraciones tendentes a sostener que el recurso que debiera proceder es el de queja, y todo ello por la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prevista en el artículo 24.2 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado y del régimen de recursos establecidos en aquélla.

Sostiene que dicha supletoriedad debe referirse a las normas del proceso llamado ordinario, esto es, el que se tramita en la forma de sumario, en tanto en cuanto se sostiene que es el establecido legalmente como procedimiento común frente al resto de procedimientos, configurándose el recurso de queja como el ordinario, ya que el de apelación únicamente procede en los casos determinados en la ley (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y en el articulado de la Ley del Jurado, solamente se dispone la procedencia del recurso de apelación contra concretas resoluciones. No obstante, estima que, dada la referencia expresa que la resolución impugnada realiza al recurso de apelación, y que la resolución de ambos recursos corresponde a ésta Sala, así como por la mayor brevedad del plazo para la interposición del recurso de apelación (art. 213 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), interpone éste último recurso.

En primer lugar debe indicarse, en relación con la cuestión suscitada de cuál es el recurso, apelación o queja, realmente aplicable contra la resolución recurrida, que la misma ha devenido en gran parte intrascendente desde el momento en que el propio Ministerio Fiscal, expresa que, pese a su postura, finalmente recurre en apelación.

En todo caso, y sin perjuicio de estimar que no es una cuestión tan pacífica la de qué concreto recurso sería el procedente a consecuencia de la aplicación de la indicada supletoriedad, tal y como señalan parte de los impugnantes, es lo cierto que la resolución recurrida se dicta en el marco de unas Diligencias Previa dentro del Procedimiento Abreviado y, aunque dicha resolución acuerda su transformación a procedimiento de la Ley del Jurado, la misma, como lo demuestran los recursos interpuestos, no es firme. En consecuencia, y sin perjuicio de que no produzca la suspensión del procedimiento, a los efectos de ser impugnada, los recursos que se planteen contra la misma han de ser los establecidos en el procedimiento donde se adopta, esto es, en las Diligencias Previa del Procedimiento Abreviado, y de ahí, la acertada información de recursos proporcionada por el Instructor en la resolución recurrida (artículo 766 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) El fondo del recurso

Ya aludimos a que, respecto del fondo, el Ministerio Fiscal sostenía que la continuación del procedimiento por los trámites ante el Tribunal del Jurado debía realizarse citando a la comparecencia del artículo 25 de su ley reguladora a Jesús Luis , Nicolas y Millán , sosteniendo, frente al criterio del Instructor, que se trataba de una verdadera impugnación, y no de una petición tendente a la ampliación del objeto del proceso, ya que, los hechos se refieren a los regalos efectuados a los cuatro imputados en ésta causa, y abarcan tanto la entrega por parte de los particulares como la recepción de las dádivas por parte de las autoridades y funcionarios públicos, de modo que lo que se interesa es una ampliación subjetiva de los sujetos imputados, pero no de los hechos investigados, sin que las previas resoluciones dictadas por ésta Sala en el presente procedimiento impidan de forma definitiva la imputación interesada (Autos de 21 de abril y 19 de junio de 2009).

A su vez funda la tipicidad de la conducta de los particulares en el artículo 423 del Código Penal , negada por tres de las cuatro defensas, es decir, el denominado cohecho activo impropio, citando al respecto diversas sentencias del Tribunal Supremo (STS 11 de mayo de 1994 , 7 de noviembre de 1997 y 13 de enero de 1998),



por lo que, entendía que se trataba de un criterio consolidado sin que -decía- pudiera verse afectado por una única sentencia contraria (STS 8 de junio de 2006), indicando que el carácter bilateral de éste tipo de cohecho es asumido en el Auto de ésta Sala de 21 de abril de 2009 , citando el párrafo que indica: "la Sala no se pronuncia, por el momento, sobre la competencia acerca de las conductas bilaterales atribuibles a particulares que, en su caso, debieran ser también objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso, sin perjuicio de lo que deba acordarse en su momento y caso por lo que resulte del curso del las actuaciones".

En consecuencia, entiende el Fiscal que determinada la tipicidad de los hechos imputados a particulares, que en esencia son los mismos, dichas conductas debían enjuiciarse en éste procedimiento, dada la íntima relación entre las conductas de quienes aparecen como particulares donantes de los regalos y las autoridades y funcionarios perceptores de los mismos, por lo que su enjuiciamiento conjunto resultaba ineludible, pudiendo dar lugar la solución contraria a pronunciamientos contradictorios, citando al respecto el Auto del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2009 , así como se aludía a que dicho criterio es el que ha sostenido el Ministerio Fiscal en éste procedimiento desde el primer escrito remitido a esta Sala.

d)La inadecuación del recurso

El Ministerio Fiscal, conforme a su suplico, en puridad, como con acierto sostiene el Instructor, no cuestiona los pronunciamientos específicos y propios de la resolución recurrida, dado el ámbito en que es dictada (art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ya que, no cuestiona que existan indicios racionales de criminalidad contra los imputados por el delito de cohecho del artículo 426 del Código Penal , descartando, en consecuencia, el sobreseimiento interesado por las defensas, ni tampoco la decisión de acordar la transformación al procedimiento de la Ley del Jurado, sino que lo que solicita, mediante los razonamientos sobre la ampliación subjetiva interesada, es que la celebración de la comparecencia del artículo 25 de dicha Ley se celebre también con los presuntos donantes de las dádivas percibidas por los imputados (expresamente se indica en su segundo párrafo del apartado segundo de su escrito: "El pronunciamiento recurrido por el Fiscal se refería precisamente a ésta citación...").

Dicha petición, que no era el objeto principal y genuino de la resolución recurrida, pudiera haberla planteado, en su caso, en el propio procedimiento de la Ley del Jurado, naturalmente con carácter previo a dicho acto, dado que se trata ya de una decisión adoptada en otro procedimiento (en el propio de la Ley del Jurado). Es más, la resolución recurrida, pudo limitarse a acordar dicha transformación, además de los otros pronunciamientos más sustanciales decididos para, dentro ya del procedimiento de la Ley del Jurado, acordar mediante providencia la citación para dicha la comparecencia (recordemos que el Ministerio Fiscal expresa que recurre dicha "citación"). La mera convocatoria a la comparecencia del artículo 25 de la Ley del Jurado no forma parte, genuinamente, de una resolución judicial propia del objeto del artículo 779 anteriormente indicado, si bien, que por aconsejables razones de economía procesal, pueda interesar acordarla en el mismo, acompañando a los pronunciamientos, estos sí verdaderamente específicos de dicha decisión.

e)Las antecedentes procesales

No obstante lo anterior, procederemos a responder a las alegaciones realizadas por el Ministerio público. El Instructor compendia, en la resolución recurrida, las vicisitudes originarias de éste procedimiento, recordando su incoación por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional por unos hechos complejos, con un entramado de sociedades que tenían su origen y vínculo de unión entre sí en la actividad ilícita desarrollada por los responsables de la mismas y dirigido, al parecer, desde Madrid por Millán , para lograr, entre otras cosas, la adjudicación de contratos públicos por entidades pertenecientes a las distintas administraciones públicas, en varios lugares del territorio nacional, encontrándose implicados en la práctica de obsequiar con posibles dádivas a algunas autoridades y funcionarios, el citado Sr. Millán , Nicolas y Jesús Luis , a quienes, al parecer, además de otros delitos, se les imputa en el proceso principal origen de las diligencias, un delito de cohecho, probablemente en régimen de continuidad delictiva. Finalmente, ésta Sala, recibida que fue la pertinente Exposición Razonada, aceptó la competencia respecto de los imputados en éste procedimiento por un delito de cohecho del artículo 426 del Código Penal , tras considerar escindibles la parte afectante a los imputados de los demás, y todo ello por haber presuntamente aceptado regalos en forma de prendas de vestir por parte de dichos imputados, continuando la causa principal su normal tramitación respecto de todos los demás hechos.

Constan en las actuaciones informes del Ministerio Fiscal en los que estimó que determinados hechos del procedimiento, que podemos denominar principal, eran, en principio, "escindibles" del resto de las actuaciones, y por ello solicitó que se remitiera testimonio al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana para que aceptara el conocimiento de los mismos (informes de 18, 23 y 3 de marzo, que son reflejados y recordados en el de 14 de abril), y éstos hechos considerados escindibles eran los propios del delito de cohecho pasivo impropio, inclusive limitados a los dos imputados aforados ante éste Tribunal. Indicaba así en dicho informe



que los hechos escindibles serían "...los atribuidos a Octavio y Simón , que consisten en la recepción de dádivas procedentes de alguno de los imputados en la presente causa. Regalos que, en el estado actual de la causa, no aparecen relacionados con una actividad concreta de las mercantiles vinculadas a Millán ".

Además, ante el pronunciamiento del Juzgado Central de Instrucción de plantear que la competencia de ésta Sala pudiera extenderse no únicamente a los dos imputados aforados (Sres. Octavio y Simón), sino también respecto de los Sres. Juan Manuel y Arsenio , el propio Ministerio Fiscal interpuso recurso de reforma contra el Auto del indicado Juzgado Central de 5 de marzo, e inclusive de apelación, sin que ésta Sala tenga conocimiento del resultado de éste último. En dichos recursos se reiteraba en el indicado informe y se insistía en la investigación separada de las personas no aforadas indicadas; literalmente: "...la investigación de los hechos atribuidos a las dos personas no aforadas mencionadas en el Auto de 5 de marzo de 2009 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 debe realizarse con el conjunto de la causa. Ello con el objeto de determinar la posible relación de las eventuales dádivas percibidas con la actividad de las mercantiles vinculadas a Millán y, en concreto, con las sociedades Orange Market S. L. y Orange Factory, S. L., domiciliadas en Valencia".

Finalmente, y a modo conclusivo, se decía en el apartado quinto del informe de 14 de abril antes citado: "...los hechos que el Fiscal considera deben ser investigados por el TSJ de Valencia son exclusivamente los atribuidos a Octavio y Simón . Dichos hechos consisten en la recepción de dádivas procedentes de alguno de los imputados en la presente causa sin que, en el momento presente y sin perjuicio de lo que resulte de la posterior investigación, resulten vinculados a una concreta actividad del entorno del Millán ...".

Por tanto, aunque es cierto, y no puede ser de otro modo, que dichos informes venían referidos al estado inicial del procedimiento y sin perjuicio de lo que ulteriormente resultara en la instrucción, y esa es la razón del fundamento jurídico tercero del Auto de ésta Sala de 21 de abril de 2009 por el que se asumía y delimitaba la competencia y al que se refiere la parte recurrente y que además iba más allá de dicho informe al asumir la competencia respecto de los no aforados, también lo es que no consta qué alteración cualitativa no conocida entonces haya tenido lugar para posibilitar la inclusión en éste procedimiento del delito de cohecho activo que pudiera haberse cometido por los particulares, cuando se sostenía incluso que los imputados no aforados a éste Tribunal debían quedar sometidos al proceso "principal. Pero es que, además, el enjuiciamiento de las conductas de los particulares en éste procedimiento podría colisionar con el objeto del proceso más amplio del que conoce la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid e, incluso, podría romper la continuidad delictiva que, en su caso, podría atribuirse a los mismos.

En éste sentido son de citar las resoluciones dictadas por ésta Sala, en anteriores recursos de apelación interpuestos, si bien por la acusación popular, de fecha 19 de junio y más reciente de 21 de julio, en donde se reafirma el ámbito competencial de ésta Sala, previamente establecido en nuestro Auto de 21 de abril del presente que asumió la competencia, y a ellos nos remitimos en aras de la brevedad.

f) La improcedencia de la llamada ampliación subjetiva

Resultan sin duda sugestivos los argumentos de algunas de las partes impugnantes en relación con la posible atipicidad del delito de cohecho activo que pudieran haber cometido los particulares (art. 423 del Código Penal) como reverso de la conducta de la aceptación de dádivas por los funcionarios públicos (art. 426 de dicha norma), con argumentos relativos a la distinta ubicación que en el Código Penal actual tiene el precepto frente al derogado. Se trata de que pudiera considerarse que el artículo 423 debe ceñirse a las conductas relacionadas con las de los delitos de cohecho pasivo propio anteriores en su numeración a dicho precepto, ya que a diferencia del anterior Código , donde su homólogo, ex artículo 391, aparecía al final y detrás en todo caso del delito de cohecho pasivo impropio al que también podría comprender (art. 390), pero ésta Sala, estima que dicha cuestión trasciende de la eminentemente procesal planteada de ampliación del objeto y, en todo caso de los sujetos activos del delito.

No obstante, sí hemos de indicar, a los efectos de la cuestión planteada, que la doctrina de la unilateralidad del delito de cohecho está ampliamente admitida jurisprudencialmente, y dicha unilateralidad abunda en la posibilidad de su enjuiciamiento autónomo. Así la STS 8 de junio de 2006 , que cita las SSTS 2215/1993, de 7 de octubre , y 692/1997 de 7 de noviembre , indica, que tanto el artículo 425 como el artículo 426 del Código Penal tipifican conductas consideradas como cohecho pasivo impropio, que no ostentan la condición del delito necesariamente bilateral, y no se extiende al cohecho activo paralelo, llegando a afirmar que la conducta del donante puede no ser punible, salvo que pueda encuadrarse en el tipo del artículo 423 del Código Penal , reflejándose en dicha sentencia de 8 de junio de 2006 , que incluso el Ministerio Fiscal retiró la acusación en relación a los particulares (en el caso, procuradores involucrados en la acción delictiva del recurrente). Al respecto, cabe añadir también la STS 378/1995 .

Además de dicha resolución, la citada unilateralidad no se recoge únicamente en la sentencia últimamente indicada, sino que expresamente se menciona en otras recientes resoluciones, que tienen un carácter definitivo



del procedimiento. Así en el ATS de 2 de febrero de 2009 (recurso 20296/08) y en la STS 102/2009, de 3 de febrero , se destaca dicha unilateralidad: "...la doctrina mayoritaria actual sostiene, y esta parece la construcción más acorde con la tipificación del Código penal, la naturaleza unilateral del delito de cohecho (...) si se descubre la existencia del pacto, dará lugar a dos tipificaciones distintas, la del particular y la del funcionario, bastando que el particular ofrezca la dádiva y que el funcionario la acepte para que cada uno de ellos responda por su respectiva tipicidad (...) Consecuencia de esta construcción es que el delito de cohecho no requiere la existencia de un pacto, bastando para la tipicidad el acto unilateral de cada uno de los hipotéticos sujetos activos de las respectivas incriminaciones contenidas en el delito de cohecho...".

Igualmente en la STS 1096/2006, de 16 de noviembre , referida al delito de cohecho pasivo propio se dice: "... La dinámica de la conducta típica pone de manifiesto que el cohecho pasivo propio, es un delito unilateral, de mera actividad que se consuma con la mera solicitud, con la mera manifestación exterior de la actitud personal del sujeto, no siendo necesaria la producción de resultado material externo alguno para la consumación, esto es la aceptación de la solicitud en el abono de la dádiva, en la realización del acto injusto ofrecido o solicitado como contraprestación, SS. 776/2001 de 8.5 , 1114/2000 de 12.6 ".

En conclusión, procede la desestimación del recurso interpuesto.

CUARTO.- Por la representación de la acusación popular se interpone recurso de apelación contra el Auto de 16 de julio de 2009, que desestimó el de reforma previamente interpuesto contra el Auto de 6 de julio anteriormente indicado, al que se adhiere en parte el Ministerio Fiscal.

a) El objeto del recurso

En consonancia con anteriores recursos de dicha parte, se pretende ahora seguir solicitado la continuación de las Diligencias Previas y la práctica de diversas diligencias: requerimientos documentales de aportación de diversos expedientes de contratación entre la Generalitat Valenciana y las empresas Orange Market, S. L., Easy Concert, S. L., Down Tow, S. L., remisión de la contabilidad de diversas sociedades obrantes en las Diligencias 1/2009 tramitadas ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid , declaración como imputados de Millán , Nicolas , Cirilo , Mariana , y Efrain , así como diversos actos de investigación de naturaleza testifical.

Y todo ello por entender que la decisión de conversión del procedimiento a Jurado resulta cuanto menos precipitada, porque aún están por determinar con la precisión exigida los hechos punibles y la identificación de las personas a las que se les imputen, tal y como se ha venido sosteniendo en diversos recursos de reforma y de apelación interpuestos por dicha parte contra la denegación de diligencias de investigación, entre las que se encontraban la solicitud de la comparecencia en calidad de imputados, entre otros, de Millán , Nicolas y Pascual , entendiéndose que de admitirse tal práctica de diligencias podría variar la calificación y, sobre todo, la concurrencia de otros delitos que excluyeran la competencia del Tribunal del Jurado.

Estima la parte que las diligencias solicitadas tenían como fundamento acreditar el tipo de cohecho, ya que, aunque la doctrina ha sostenido que aún cuando el artículo 426 del Código Penal parece excluir el cohecho activo, sin embargo le es también de aplicación la variable del artículo 423 del mismo texto legal , requiriendo esta proteica valoración jurídica el examen de los expedientes de contratación por los que los imputados por razón de su cargo hayan tenido contacto con las empresas adjudicatarias, máxime si para la jurisprudencia es un indicio relevante, aún cuando se circunscribiera la calificación al artículo 426 del texto penal anteriormente citado, criterio que se apunta en el Auto del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2009 .

Entendía que las limitaciones competenciales asignadas en el Auto de esta Sala de 21 de abril de 2009 han impedido el examen de la concurrencia de otras conductas delictivas que, de comprobarse, excluirían la aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado, siendo ésta en realidad la cuestión de fondo que se sustancia en el recurso y que en definitiva trata de que a la luz de las diligencias practicadas la Sala varíe su competencia, bien porque modifique el ámbito de la investigación en relación con las irregularidades de las adjudicaciones conforme a lo informado por la Sindicatura de Cuentas, y demás indicios que concurren sin entrar en conflicto con la investigación que se lleva a cabo por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, toda vez que allí se investigan tales irregularidades desde la vertiente de las distintas actuaciones delictivas del Grupo Correa y aquí de la incidencia en cuanto a la calificación jurídica del tipo de cohecho aplicable, o en su defecto, si se estimase que existe tal conflicto, que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana promueva conflicto de jurisdicción mediante la declinatoria de competencia.

b) El contenido de la desestimación de la reforma

El Instructor desestimó el recurso de reforma interpuesto porque las peticiones formuladas por la parte recurrente se oponen a la previsión contenida en el artículo 309 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en relación con el artículo 24 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado , ya que, si resulta la existencia de un hecho punible que sea imputable a persona determinada y su enjuiciamiento viene atribuido al Tribunal del



Jurado, debe procederse a la incoación de dicho procedimiento, sin que la continuación de la tramitación de la causa con arreglo a ese procedimiento legalmente establecido suponga restricción ninguna en cuanto a las posibilidades de actuación de las partes en defensa de sus respectivas posturas procesales.

Y respecto de la petición de las diligencias que se interesaban la decisión fue denegatoria por coincidir en gran parte con las interesadas en el escrito de querrela y con las pedidas posteriormente en otro escrito de fecha 19 de junio, siendo denegadas motivadamente en el Auto de 29 de mayo pasado y confirmado por Auto de ésta Sala de 19 de junio, y en el de 22 de junio, el cuál cabe añadir que fue confirmado por Auto de ésta Sala de 21 de julio del presente. En consecuencia, entendía que, permaneciendo idénticas las circunstancias de hecho, se ha de estar necesariamente a lo decidido al respecto en aquellas resoluciones, no pudiendo ser materia de éste procedimiento el control de la regularidad de los actos administrativos realizados por la Administración, sino sólo la determinación de los elementos fácticos que conforman el hecho punible que dio lugar a la formación de la causa (supuesta aceptación de regalos en forma de prendas de vestir por parte de determinadas personas que ostentaban la condición de autoridad o funcionario público).

c) Las resoluciones anteriores

La Sala debe confirmar el razonado criterio del Instructor, basado a su vez, en anteriores resoluciones dictadas por el mismo y por ésta Sala, resoluciones que ya que han sido reseñadas, reiterándonos, en lo que sea aplicable, en lo previamente manifestado respecto del recurso interpuesto por el Ministerio Público. En el recurso no viene a discreparse de los pronunciamientos genuinos y propios de la resolución recurrida, a saber: descartar el sobreseimiento y ordenar la continuación de las diligencias por existir indicios racionales de la comisión de un delito de cohecho pasivo impropio, y éste es el objeto del proceso, conforme al Auto firme de 21 de abril de 2009 . Tampoco cabe cuestionar el haberse dictado ese Auto por entenderlo precipitado, en cuanto a la transformación de procedimiento de la Ley del Jurado, ya que, como muy bien señala el Instructor, existen preceptos que obligan a dicha transformación e, incluso, se crea un específico recurso de queja para que no se retrase dicha transformación (art. 309 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pudiendo en dicho procedimiento solicitarse y, en su caso, acordarse, las diligencias que se estimen pertinentes a su objeto por el Instructor. En éste sentido el Ministerio Fiscal impugnó la solicitud de improcedencia de incoar el procedimiento de la Ley del Jurado. Por lo demás, la aparición hipotética de nuevos delitos no deja de ser una contingencia por ahora sin base, y siempre sería posible la adaptación procedimental a dicha contingencia, si ésta tuviera lugar.

Además debemos recordar, como hace el Instructor, que la pretensión de variación del objeto procesal, sin una alteración de los hechos tenidos en cuenta en la delimitación competencial en su día asumida, y la práctica de las múltiples diligencias que solicita la parte recurrente, prácticamente coincidentes con las que de nuevo reitera, ha sido en su mayor parte objeto de otros distintos recursos de dicha parte, desestimados por ésta Sala, y a los que cabe remitirse, sin perjuicio de las siguientes sumarias referencias.

Así, en el Auto de ésta Sala de 19 de junio de 2009 , se desestimaba el recurso interpuesto por dicha parte contra el Auto del Instructor de 29 de mayo de 2009 que, admitiendo la personación de la acusación popular, no accedía a la práctica de diligencias solicitadas, por no guardar relación con el objeto de la causa. Allí el argumento sostenido por la acusación popular era que habían variado las circunstancias por no tenerse conocimiento de si la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid había asumido la investigación de los hechos provenientes del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y que, en todo caso, no era excluyente, así como la posibilidad de revisión de la declaración competencial realizada por ésta Sala, y la relación de conexidad con éste procedimiento.

Dicho recurso fue desestimado por las siguientes razones: 1) Que el Auto de delimitación competencial de ésta Sala de 21 de abril de 2009 por unos hechos, que podrían integrar la figura del cohecho pasivo impropio, era firme, 2) Que la mera incorporación de un querellante a un proceso en tramitación no permitía, sin más, una retroacción de las actuaciones, ni un reexamen de resoluciones ya dictadas por el Instructor o por ésta misma Sala, sin constatar una alteración o mutación sustancial de los elementos fácticos tenidos en cuenta en su día al dictar las resoluciones anteriores a tal personación (la personación se produce in statu et termini), 3) Que la competencia asumida por ésta Sala no tiene por base una competencia penal general sino que tiene por base el aforamiento de dos de los imputados y la intensa conexión con la dinámica comitiva de otras dos personas la cual no tenía el mismo grado de relación, implicación e intensidad con la que proponía el recurrente, y 4) Que los hechos y las conductas que se estime necesario investigar deben serlo en el ámbito de la pieza principal del proceso tramitado actualmente ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a la que se comunicó la decisión de ésta Sala, por lo que no puede invocarse la creencia por parte del Tribunal de Madrid de que el de Valencia conozca de los hechos cuya ampliación pretende el recurrente.



A su vez, en el más reciente Auto de ésta Sala de 21 de julio de 2009 se desestimó el recurso interpuesto por la acusación popular contra un anterior Auto del Instructor (de 1 de julio) que desestimaba el de reforma contra un anterior Auto (de 22 de junio) que denegaba la práctica de diligencias muy similares a las solicitadas en el nuevo recurso, y dicho recurso es expresamente aludido y en cierto modo vinculado en el motivo primero de su recurso. En el anterior recurso se cuestionaba el alcance del objeto del presente proceso, no centrándose su argumentación en meras consideraciones propias de cada una de las diligencias de investigación solicitadas sino que se hacía una argumentación genérica sobre la ampliación del objeto del proceso y se solicitaba que la Sala se cuestionara la revisión sobre el ámbito de su competencia y del proceso mismo.

La Sala, previas las precisiones fácticas y jurídicas en relación con la competencia especial por razón de aforamiento y no general de ésta Sala, de que las Diligencias Previas no nacían de una querrela interpuesta por la acusación popular, la necesidad de variación sustancial en los hechos para revisar anteriores resoluciones judiciales dictadas en la Instrucción, la previa desestimación por la Sala por Auto de 19 de junio de otro anterior y similar recurso de la acusación popular, de la imposibilidad de variar en un recurso de apelación el objeto sobre el que se recurrió o sobre lo que versó la solicitud al Instructor y la decisión de éste, desestimó el recurso por : 1) No existir hechos nuevos que lleven a decidir de modo distinto lo ya decidido, ya que se insiste en lo ya desestimado, sin que se estime que ahora pueda ser pertinente y útil no aludiendo la parte recurrente a nuevos hechos, 2) Que nada añade respecto de la pertinencia de las declaraciones que se interesaban, 3) Que las diligencias no se atienen a lo que ha sido delimitado como objeto del proceso, siendo impertinentes, entendiéndose que el contenido de los expedientes de contratación no alteraría la calificación jurídica de las conductas que integran el objeto del proceso, 4) Que no deben admitirse actos de investigación que atiendan a personas distintas de las en este proceso consideradas imputadas, si no se indica la utilidad de su declaración y se añade que están imputadas en otro proceso, y 5) Que no deben tomarse en consideración los argumentos que lo que persiguen es negar la delimitación del objeto del proceso previamente establecida.

d) La desestimación del recurso

Y todas éstas razones, y las demás contenidas en las resoluciones judiciales indicadas, cabe reproducirlas en el presente, ya que se vienen a solicitar prácticamente las mismas diligencias, reiteradamente denegadas (únicamente, salvo error u omisión, varía el status en que se solicita la declaración de algunas personas, ahora como imputados y en la que dio lugar al Auto de 21 de julio de 2009 se solicitaba en calidad de testigos, así como en la 7.^a y relativa a la petición de cooperación judicial al Tribunal Superior de Justicia de Madrid , para conocer si entre la investigación que se sigue en sus Diligencias Previas se encuentra la regularidad o irregularidad de los expedientes de contratación de la administración valenciana con Orange Market, S. L.), que deben denegarse por los mismos razonamientos ya mencionados en relación al concreto objeto del proceso que se tramita en éste Tribunal y relativo al delito de cohecho pasivo impropio, y que como recordamos a propósito del recurso del Ministerio Fiscal, se estimó, en su día, escindible, sin que exista variación cualitativa para alterar dicha consideración.

Como recalcó el Instructor, el objeto del presente proceso no es el control de la regularidad de los actos administrativos realizados por la Administración, sino la supuesta aceptación de regalos, en forma de prendas de vestir, por parte de determinadas autoridades y funcionarios públicos. Inclusive, el propio Ministerio Fiscal, que se adhiere parcialmente al recurso, considera, al menos por el momento, que no procede practicar el requerimiento a la Consellería de Presidencia para que remita los expedientes de contratación a que se refiere la acusación popular, porque entiende que las posibles irregularidades cometidas en la contratación referida son objeto de las Diligencias Previas 1/09 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. A su vez, debemos recordar, en consonancia con lo resuelto respecto del recurso del Ministerio Fiscal que, sin entrar en cuestión de la tipicidad del cohecho activo reverso del pasivo impropio, la posibilidad de enjuiciamiento autónomo de éste último delito, y que constituye el objeto del presente proceso, está establecida jurisprudencialmente.

En consecuencia el recurso, y su adhesión parcial por el Ministerio Fiscal, deben ser desestimados, estimándose respecto de la adhesión, ceñida a la denegación de la diligencia de la incorporación a la causa de la contabilidad de las entidades Orange Market, S. L., Diseño Asimétrico, S. L., Orange Factory, S. L. y Servimadrid Integral, S.L, y la documentación intervenida en el registro de la sede de Orange Market, S. L., habida cuenta que constituiría la ampliación del objeto de éste proceso, cuando el Tribunal de Madrid conoce del mismo, reiterándonos en lo ya manifestado, contenido a su vez en el Auto de ésta Sala de 21 de julio, viniendo a reconocer el propio Ministerio Fiscal el carácter "general en cuanto amplias" de la citada diligencia, si bien entiende que se refiere a lo que es objeto de éste procedimiento y sin que ésta Sala deba atender, en un recurso de apelación en el que se revisa la adecuación jurídica de una concreta resolución, a lo ocurrido posteriormente en la comparecencia prevenida en la Ley del Jurado, sin que, por todo ello, deba entrarse sobre la "forma" en que pueda hacerse efectiva la entrada de tal documentación en el presente procedimiento.



QUINTO.- Por las representaciones procesales de los imputados en éste procedimiento (la del Muy Honorable Señor Presidente de la Generalitat Valenciana D. Octavio , del Ilustre Señor Diputado de las Cortes Valencianas D. Simón , ambos aforados a éste Tribunal, así como las otras dos personas también imputadas no aforadas ante el mismo, Honorable Señor D. Juan Manuel y D. Arsenio), se interponen los anunciados cuatro recursos de apelación ante esta Sala de lo Civil y Penal. En todos ellos se pide el sobreseimiento libre del procedimiento, petición que les fue denegada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Instructor en el Auto de 6 de julio de 2009, por el que se acordaba, como dijimos, por un lado, declarar terminadas las Diligencias Previas y, por otro, no haber lugar al sobreseimiento libre con archivo de la causa solicitado. Esta denegación se hace en el Auto recurrido por estimar el Instructor que existen suficientes indicios racionales para estimar que los hechos que se les imputan pudieran ser constitutivos de un delito de cohecho previsto y penado en el artículo 426 primer inciso del Código Penal .

Conviene, antes de nada, dejar constancia de los elementos esenciales de este procedimiento necesarios para entender este recurso y su resolución, partiendo de que el mismo se incoó por Auto de fecha 21 de abril de 2009 de ésta Sala de lo Civil y Penal, que se declaró competente para el conocimiento de los hechos, tras recibir la Exposición Razonada proveniente del Juzgado Central de Instrucción número 5, que fue el que conoció inicialmente de los hechos.

a) Los hechos básicos.

Éstos hechos, de acuerdo con las distintas resoluciones judiciales dictadas, y en particular la recurrida, se refieren, de modo esencial, a que las personas imputadas, habrían efectuado, al parecer, varios encargos de determinadas prendas de vestir por diferentes cuantías en dos establecimientos abiertos al público de la ciudad de Madrid (Milano y Forever), a los que acudieron por indicación del Sr. Jesús Luis (administrador de una sociedad, Orange Market, S. L., que concurría a los concursos para la adjudicación de los pabellones de la Comunidad Valenciana en distintas ferias de turismo, obteniendo esa adjudicación), y habrían recibido y aceptado, en territorio de ésta Comunidad, dichas prendas sin pagar su importe.

Ese importe, según lo convenido entre el encargado de dichos establecimientos Sr. Pedro Jesús y el Sr. Jesús Luis , se iba anotando en una cuenta abierta en dichos establecimientos a nombre de éste último, siendo saldado posteriormente la deuda, no por los imputados, sino por D. Nicolas , si bien a través de sociedades controladas por el mismo, como Diseño Asimétrico, S. L. o Servimadrid Integral, S. L., lo que se hacía periódicamente, en alguna ocasión con dinero en efectivo pero normalmente tanto mediante el libramiento de cheques como por la realización de transferencias bancarias, de modo que liquidaban de forma global las cantidades pendientes de pago.

b) La resolución recurrida

El Auto del Magistrado-Instructor, como se indicó, estima, en el ámbito propio del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que de las diligencias de investigación practicadas no era posible llegar a la conclusión de que los hechos que motivaron la incoación de las presentes actuaciones no hayan existido, entendiéndose que la verosimilitud inicial alcanzaba un alto grado de probabilidad.

Las diligencias practicadas, que permiten la conclusión alcanzada por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor, consisten en las declaraciones testimoniales del Sr. Pedro Jesús , y la de la cajera del establecimiento comercial Milano de Madrid, así como distinta prueba documental practicada: tiques de caja del citado establecimiento, los inventarios semestrales de pagos pendientes que se realizaban por la cajera del indicado establecimiento, los tiques generados para la cancelación de los pagos pendientes, las hojas de encargo de sastrería cumplimentadas en el establecimiento Forever Young y remitidas a la empresa que confeccionaba los trajes (Satstgor), los recibos de pagos pendientes que eran generados por ese mismo establecimiento Forever Young, las hojas de confirmación de los pedidos expedidas por la indicada empresa de sastrería y la facturación emitida por la misma, y los instrumentos de pago de las deudas generadas).

A lo que debe añadirse también: 1) la cadena de conversaciones telefónicas mantenidas entre los Sres. Pedro Jesús , Nicolas , Cornelio , Jesús Luis y el Sr. Simón , que denotaba una patente preocupación por lo ocurrido, tratando de buscar una salida a la situación creada, y 2) el conocimiento evidenciado de las diligencias (y, en particular de los correos electrónicos internos), más o menos extendido, por parte de los empleados del establecimiento "Milano" acerca de ésta manera de suministrar prendas de vestir a determinadas personas de relevancia política relacionada con la Comunidad Valenciana.

A su vez, la resolución recurrida, tras descartar en el inciso final del fundamento jurídico segundo, que la finalidad perseguida con dichos obsequios fuera lograr un concreto acto, y en particular la adjudicación de contratos que se celebraban con los diversos organismos de la Administración de la Generalitat Valenciana, detalla, en el indicado fundamento jurídico, la tipificación de los hechos como constitutivos de un delito de



cohecho pasivo impropio, previsto y penado en el artículo 426, primer inciso, del Código Penal, al tratarse los imputados de personas que tenían a la fecha de los hechos la condición de autoridad (Sres. Octavio, Simón y Juan Manuel) o de funcionario público (Sr. Arsenio), conforme al concepto establecido en el artículo 24 del Código Penal, mereciendo las prendas de vestir con las que fueron obsequiados la conceptualización de dádiva, y sin que exista ninguna causa o razón diferente de la atinente a la condición personal de los receptores de las prendas y a la función pública que los mismos desempeñaban la que pueda explicar dichos obsequios.

Igualmente explica que dichos obsequios, por la peculiaridad de su objeto, su reiteración y valor, no podían ser amparados en el marco de la adecuación social, por entender que pudiera tratarse de atenciones de cortesía o mero reconocimiento que los usos sociales aceptan como inocuos y admisibles. Y que el precio, aunque pudiera estimarse escaso en comparación con la magnitud de la función desempeñada por dichas personas, no era excluyente del desvalor de la acción, de modo que si se pretendiera realizar un juicio de valor sobre la antijuridicidad de dichas conductas, ello implicaría la "relativización misma de los valores sociales que las normas jurídicas tratan de preservar y una degradación de los principios que deben regir en todo caso la actuación de quienes ejercen funciones públicas". Y en cuanto a su finalidad, no era otra que la de "lograr el agasajo o provocar la complacencia de aquéllas personas, obviamente para poder contar con su gratitud o con su favor, pero sin tender a la obtención de una determinada contraprestación".

c)Ámbito de los recursos

Del contenido de esa resolución importa destacar dos aspectos, pues son determinantes del ámbito en el que debe moverse esta resolución al pronunciarse sobre los siguientes recursos:

1)El Magistrado-Instructor deja claramente establecido que no se está en modo alguno ante el supuesto segundo del artículo 426, de modo la autoridad o el funcionario no admitió la dádiva o regalo que le fue ofrecido para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

Dado que contra este extremo concreto del Auto no existe recurso alguno que lo impugne de modo directo, la Sala tiene que partir del mismo a la hora de hacer todas sus consideraciones.

2)De la misma manera el Magistrado Instructor se centra en el inciso primero del dicho artículo 426, el que se refiere a que es delito el que la autoridad o funcionario admitiere dádiva o regalo que le fuere ofrecido "en consideración a su función".

También aquí debe estarse a este concreto extremo tal y como lo ha delimitado el Magistrado Instructor, pues el mismo seguidamente afirma que no existe constancia de ninguna relación directa entre el pago de las prendas de vestir y los concretos actos de contratación realizados por distintos órganos de la Administración autonómica. Esta consideración tampoco ha sido objeto de recurso, y aún puede decirse que en el escrito de interposición del recurso de apelación de la acusación popular se llega a decir que "ciertamente estos datos a nivel indiciario no son aún suficientes para incorporarlos al acervo fáctico para concluir una relación causal entre los regalos y las contrataciones", aunque luego se refiera a la denegación de otros actos de investigación.

d)El contenido de los recursos

En los cuatro recursos de apelación interpuestos por los imputados se pretende el sobreseimiento libre de las actuaciones al entender que las prendas de vestir que estiman que adquirieron no fueron un regalo u obsequio, sino una compra adquirida mediante pago por los propios imputados, ya ese pago lo realice directamente el mismo interesado (caso del Sr. Octavio) o se haga por medio de un tercero al que se le abonó a su vez el importe (caso de los Sres. Simón, Arsenio, y Juan Manuel), si bien en varios de los recursos se cuestiona la condición misma de autoridad o de funcionario público exigida por el artículo 426 del Código Penal.

De esta manera el Sr. Octavio entiende que no existe ningún elemento fáctico que permita concluir que los supuestos regalos tengan que ver con la condición de autoridad y no con la que ostenta en el Partido Popular; el Sr. Simón entiende que la finalidad de la entrega no podía provenir de la condición de Diputado a las Cortes Valencianas, sino por su cargo dentro del Partido Popular y, en consecuencia, en su condición de particular al margen del Derecho Penal; y caso del Sr. Arsenio que estima que no es funcionario público a efectos penales por que la naturaleza de la actividad desempeñada por el mismo, en relación con las ferias de turismo en las que se instaló pabellones, no supone el ejercicio de funciones públicas.

No obstante, respecto de dichas peticiones concordes de sobreseimiento libre, no todas confluyen en la misma clase de sobreseimiento, sino que se formulan respecto de diversos apartados del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en ocasiones de forma subsidiaria, siendo su naturaleza distinta:

1.º) El recurso interpuesto por el Sr. Octavio lo es al amparo de lo previsto en el artículo 637, 1.º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, formulándose de forma subsidiaria. Además, debe indicarse, que sin perjuicio de realizar en su alegación tercera específicas referencias a la resolución recurrida, se reiteran también sus



escritos anteriores de 6 de abril y 17 de junio de 2009, en los que, además de solicitarse el sobreseimiento, se solicitó en el primero de ellos, de forma subsidiaria la nulidad de las actuaciones, la cual ya fue resuelta en anterior fundamento jurídico.

2.º) La petición del Sr. Arsenio se refiere al sobreseimiento libre y archivo del núm. 2 del artículo 637 en relación con el 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ,

3.º) La del Sr. Juan Manuel al sobreseimiento del núm. 1 del artículo 637 en relación con el 779.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , si bien, subsidiariamente solicita el sobreseimiento provisional del artículo 641.1 de la Ley procesal penal por no resultar "debidamente justificada la perpetración del delito".

4.º) Y por el Sr. Simón se solicitó el sobreseimiento libre y archivo.

SEXTO.- Debemos comenzar pues, por analizar los distintos recursos formulados por los imputados, en los que citando el artículo 637, 1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ("cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa"), cuestionan los hechos que, con el carácter indiciario propio de la fase de instrucción, ha estimado el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor que se desprenden de las diligencias practicadas, y ello porque de estimarse que los hechos no han quedado debidamente acreditados sobraría cualquier otra consideración o pronunciamiento sobre los aspectos genuinamente jurídicos a los que se refieren los recursos.

Los recurrentes, conforme al indicado precepto, cuestionan que en realidad haya existiera un regalo o una dádiva, como elemento integrador del tipo del delito de cohecho del artículo 426 del Código Penal del que son imputados. Por el contrario, sostienen que o bien pagaron directamente y en metálico las adquisiciones de prendas de vestir (postura del Sr. Octavio), o que el pago se realizó a D. Jesús Luis (postura del resto de los recurrentes), no reconociéndose por los mismos la adquisición de todas las prendas contenidas en la relación fáctica de la resolución recurrida.

a) Síntesis de los hechos

Los hechos imputados, si bien modo indiciario, como es lógico en esta fase procesal, aparecen recogidos en el apartado sexto de los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, en el que vienen a detallarse, pormenorizadamente, las distintas adquisiciones de prendas de vestir, singularmente trajes, indiciariamente realizadas por cada uno de los imputados, que tenían en dichas fechas, y algunos actualmente desempeñan, relevantes cargos en la en el Gobierno de la Generalitat o en las Cortes Valencianas, adquisiciones que se realizaron en los establecimientos de Milano y Forever Young de Madrid, en distintas fechas a partir de los años 2005, 2006 y 2007. Previamente a dichas adquisiciones D. Jesús Luis y D. Nicolas , de una parte, y el director comercial de dichos establecimientos D. Pedro Jesús , por otra, habrían convenido en que no se les cobrara a dichas personas cantidad alguna por las citadas adquisiciones, las cuáles serían abonadas posteriormente, mediante distintos pagos globales periódicos, por sociedades vinculadas y controladas por D. Nicolas (Diseño Asimétrico, S. L. y Servimadrid Integral, S. L.).

A su vez se indicaba que D. Nicolas tiene participaciones en la entidad Orange Market, S. L. gestionada en Valencia por el citado Sr. Jesús Luis que fue nombrado administrador único y presidente de dicha sociedad, la cual ha venido dedicándose a la organización de actos para el Partido Popular de la Comunidad Valenciana y, se añadía, que desde el año 2005 a dicha sociedad le habían sido adjudicados numerosos contratos por diferentes organismos de la Administración de la Generalitat Valenciana, en particular la instalación del pabellón de la feria FITUR, si bien, concluye la resolución recurrida, que no existen constancia de ninguna relación directa entre el pago de las prendas de vestir con las que pudieran haber sido obsequiados y los concretos actos de contratación realizados con organismos de la Administración autonómica valenciana que decidieron tal adjudicación.

b) El momento procesal y la naturaleza simplemente indiciaria.

Ésta Sala, como consideración general a la hora de resolver los recursos interpuestos por el motivo indicado, debe señalar que no puede dejar de valorar y tener en consideración la concreta fase procesal en la que se produce la resolución recurrida, es decir, como expresamente se recalca en la misma, se produce en el ámbito del artículo 779 de la Ley procesal penal , es decir, cuando el Instructor estima que se han practicado las diligencias pertinentes que permiten ya el dictado de una de las decisiones alternativas a que se refiere dicho precepto, clausurando en definitiva la primera fase o de instrucción del proceso penal y, en concreto, estimando que no concurren los presupuestos para el sobreseimiento que era solicitado por los imputados.

Además, integrando dicho precepto con los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado , con el artículo 73.3, b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y con los artículos 780.3 º y 309 bis de la indicada Ley procesal penal , al tiempo de declarar terminada la fase de investigación propia de



las Diligencias Previas, acuerda no sobreseer libremente, por existir indicios racionales de criminalidad contra los imputados por un delito de cohecho pasivo impropio (art. 426, primer inciso del Código Penal), acordando, en consecuencia, la continuación de la tramitación del procedimiento, si bien por los cauces procesales del procedimiento de las causas ante el Tribunal del Jurado en el ámbito de éste Tribunal Superior, dado que dicho delito forma parte de la competencia objetiva del indicado Tribunal.

Es decir, no nos encontramos ante una declaración de hechos probados de una sentencia, y ni siquiera ante una apertura de juicio oral, sino ante la terminación de la fase procesal inicial de investigación, en la que se descarta que, en dicho momento procesal, proceda el sobreseimiento, acordando la continuación del procedimiento, si bien por los trámites prevenidos en la indicada Ley del Jurado, permitiendo a las partes solicitar y al Instructor acordar, en su caso, la práctica de las distintas diligencias que prevé su ley reguladora, en la cual se vuelven a establecer distintos hitos procesales para analizar, de nuevo, la procedencia o no del sobreseimiento, o la continuación del procedimiento, a la vista de las nuevas diligencias que, en su caso, se acuerde practicar.

Las consideraciones siguientes, por tanto, no implican, un pronunciamiento de la Sala sobre lo que por la misma se considera o no acreditado, sino que está simplemente ante la revisión de la valoración probatoria realizada por el Instructor.

c)El ámbito de la revisión por la Sala.

En el momento procesal en el que nos encontramos, donde la resultancia fáctica no constituye, ni mucho menos, una certeza (en lo que es posible en un proceso), sino que se está ante unos indicios que se caracterizan por su provisionalidad, ésta Sala, revisando la resolución del Magistrado Instructor, estima que la estructura esencial del discurso valorativo del resultado de los actos de investigación que se efectúa por el mismo no puede calificarse de irracional, carente de toda lógica, o manifiestamente contraria al resultado de esos actos.

Se está diciendo, pues, que aunque en ésta fase procesal no cabe descartar otras posibles versiones de los hechos, caso de las sostenidas por las partes imputadas, máxime si entre los resultados de los actos de investigación pueden apreciarse claras contradicciones y aún pudiera estimarse que existen irregularidades en la documentación comercial y contable de las empresas, es lo cierto que, atendida las plurales fuentes de la investigación de que se nutre la resolución recurrida y su plural motivación respecto de los indicios que estima provisionalmente acreditados (fundamento jurídico primero) y que comprenden desde declaraciones testificales (se citan la de D. Pedro Jesús y la de la cajera de Milano) y variados documentos (tiquets de caja de la tienda Milano, inventarios semestrales de pagos pendientes realizados por la cajera de Milano, tiquets generados para la cancelación de los pagos pendientes, hojas de encargo de sastrería cumplimentadas en el establecimiento Forever Young y remitidas a la empresa que confeccionaba los trajes Satstgor, recibos de pagos pendientes que eran generados por ese establecimiento Forever Young, hojas de confirmación de los pedidos expedidas por la citada empresa de sastrería que confeccionaba los trajes y la facturación emitida por la misma, instrumentos de pago de las deudas generadas y que realizaba un tercero), así como diversos indicios que posibilitan ciertas conclusiones provisionales (derivadas del contenido de la cadena de intervenciones telefónicas realizadas y el conocimiento más o menos extendido de los empleados de Milano acerca de la manera de suministrar prendas de vestir a personas de relevancia política relacionadas con la Comunidad Valencia), las conclusiones fácticas provisionales a las que llega el Auto recurrido responden a cánones de la racionalidad.

La Sala no ha realizado actos de investigación, es decir, no ha perseguido el conocimiento de unos hechos inicialmente desconocidos para ella, no ha partido de hipótesis y perseguido su demostración. Más aún, la Sala no ha tenido conocimiento directo de los hechos, ni de los actos de investigación. La Sala está cumpliendo su función revisora de la base fáctica del Auto recurrido sólo a los efectos de resolver los recursos interpuestos en los que se insta la revocación del Auto recurrido en el extremo de que se deniega el sobreseimiento libre en atención a que, según los recurrentes, no existen indicios racionales de haber perpetrado los hechos que han dado lugar a la formación de la causa. Los actos de investigación los ha realizado el Magistrado Instructor y ahora por la Sala se trata simplemente de comprobar si en el Auto recurrido, y en relación a los hechos, se han respetado los criterios de exclusión de la arbitrariedad, de adecuación a la racionalidad, de coherencia interna, de no reducción al absurdo.

Con la limitación revisora fáctica indicada, y analizando más concretamente, los recursos interpuestos, cuestionan estos, en especial el interpuesto por el Sr. Octavio y el Sr. Arsenio , la especial valoración judicial concedida a la declaración del testigo D. Pedro Jesús por las contradicciones esenciales que presenta con anteriores declaraciones del mismo prestadas ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 y ante la Policía Judicial, haciendo especial hincapié la representación del Sr. Octavio en la anómala situación procesal del testigo pues declaró cuando se encuentra imputado en un proceso por falsedad de las facturas y demás elementos contables de los establecimientos en que trabajó como Director Comercial, cuestionando de tal



forma, parte de la prueba documental en que dicho testigo intervino o que ordenó a empleados suyos que realizaran. A su vez, en ambos recursos, se cuestiona la relevancia otorgada a parte de la prueba documental mercantil o contable de las empresas, en tanto en cuanto, tuvo participación en la originación de la misma el citado Sr. Pedro Jesús .

SEPTIMO.- Seguidamente y con arreglo a los parámetros indicados, procederemos a analizar las consideraciones fácticas de los distintos recursos y tendentes todas ellas a estimar que los hechos imputados no están acreditados, particularmente porque las distintas adquisiciones de prendas de vestir que admiten fueron abonadas por los mismos.

A) En relación con el recurso interpuesto por el Sr. Octavio .

Consideración general sobre la prueba testifical.

En principio, debemos indicar, de forma genérica respecto de la prueba testifical, que los comportamientos de los testigos y las variaciones que se produzcan en sus declaraciones, máxime si son sustanciales, poco justificadas o cercanas cronológicamente consideradas, no contribuyen, precisamente, a dotar de la mayor solidez y credibilidad a sus declaraciones (véase el interés del Legislador por que se aclaren esas contradicciones en el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)

En relación con el citado testigo D. Pedro Jesús , puede llamar la atención, como en algunos pasajes de sus distintas declaraciones, se sostengan versiones sustancialmente diversas en algunos de los múltiples aspectos sobre los que ha sido preguntado, en particular sobre si el Sr. Octavio le pagó o no directamente al citado testigo algunos de los trajes adquiridos (en concreto, declaró ante el Ilmo Sr. Instructor del Juzgado Central de Instrucción, como obra al folio 202, en relación con adquisiciones de dos trajes en el establecimiento Forever Young, "...Ya esa vez le conseguí entregar los dos trajes y los pagó. Y ya está y bueno..."; o cuando ante la pregunta de si el sistema de pagos al Presidente Octavio era el mismo a través de Jesús Luis , manifiesta : "No, en eh, las dos veces esas que estuvo pagó él. Esas pagó él. La única vez que él no me ha pagado...", obrante al folio siguiente), y en cambio, en su declaración ante el Ilmo Sr. Instructor de esta causa, posteriormente, declara tajantemente que los citados cuatro trajes de Forever y el esmoquin los liquida Nicolas).

Pero el Instructor que ha practicado una exhaustiva declaración a dicho testigo, justifica la valoración que concede al mismo, porque estima que gran parte de ellas, coinciden con otras diligencias de carácter documental a las que, indica, que principalmente se ha atendido, es decir, que ha sometido a un análisis crítico y comparativo dicha prueba testifical, y justifica las posibles imprecisiones en que haya podido incurrir en ciertos extremos por la dificultad de recordar con precisión los hechos dado el tiempo transcurrido, y detalla que dicho testigo ha expuesto "con igual actitud tanto lo que era favorable como lo que resultaba desfavorable para las personas a las que se refería", y en éste sentido, ha de recordarse, en relación a las adquisiciones del recurrente, que reconoció que devolvió cuatro trajes de Milano, y en cuanto al Sr. Simón como, expresamente declaró, que su secretaria reiteradamente le llamó preguntándole por el precio de las prendas adquiridas en Milano.

También ha de recordarse, y ello incide en la labor crítica que del citado acto de investigación ha realizado el Instructor, que cuando ha estimado no corroborados por otras diligencias, o ha estimado no verosímiles ciertas afirmaciones del Sr. Pedro Jesús , las ha excluido de su consideración como acreditados (véase, las exclusiones que de diversas prendas se realiza en el antecedente de hecho sexto, apartado cuarto, letra b) bajo el título "Según declaró D. Pedro Jesús ,"). El que el testigo esté imputado en otro procedimiento penal por la realización de unas facturas que puedan estimarse falsas, es un dato que conoce y ha valorado el Instructor, sin que por dicha razón pueda dejar de valorarse dicho testimonio, máxime si el Instructor busca su corroboración con otras diligencias. Y respecto, a la consideración de su comparecencia como testigo y no imputado, es de tener en cuenta, que en el presente proceso, su intervención dado el objeto del mismo, no puede ser otra consideración que la de testigo, condición que en principio puede beneficiar más a las partes imputadas por la obligación de veracidad que conlleva, y sin perjuicio de que pueda ser parte pasiva de otros procesos penales con otro objeto distinto, sin que las alegaciones que al respecto se realizan en el recurso, puedan implicar una alteración de la valoración llevada a cabo por el Instructor.

2) En relación con las adquisiciones de prendas de vestir realizadas en el establecimiento de Milano.

Específicamente en el recurso de apelación del Sr. Octavio , en relación a las supuestas compras realizadas por el mismo en Milano, niega la visita al centro a principios de 2006, y alega que los cuatro trajes encargados fueron devueltos, por lo que nunca los adquirió, no entendiéndolo que se consigne que fueran pagados.

Examinada la resolución recurrida, la misma describe dicha devolución de los trajes, y si bien refleja cómo se abonaron los mismos, en unión de otras prendas, ello no tiene mayor trascendencia en la resolución recurrida a pesar de existir una cierta contradicción interna en misma, la cuál trata de describir cuál era la mecánica de pago global de las distintas prendas compradas, sin que desde luego, quepa dar por constatada



la adquisición final de las mismas, pudiendo explicarse su pago, porque cuando la devolución se produce se realiza directamente al Sr. Pedro Jesús , que además ya no trabaja en Milano sino en Forever, y en dicho ínterin, pudo olvidarse por quien correspondiera cancelar el tique pendiente de pago, dada la operativa genérica de cuadrar los pagos periódicamente (así, el Sr. Pedro Jesús , explica, que como existió un error al realizar el encargo y él ya no estaba en la tienda de Milano, les llamó, y les dijo que "no lo facturasen", reclamarlo a fábrica, ha sido un error, y que "no se van a pagar", como consta a partir del minuto 32:02 del primer disco de grabación).

Y respecto de las tres americanas a medida, el Instructor se basa en el tiquet pendiente de pago (nº NUM005), y hojas de confirmación del pedido de la empresa de sastrería, por lo que resulta razonable la conclusión del Instructor sobre su adquisición. El Instructor reseña, que también tuvo en cuenta la declaración de D^a Verónica , cajera del establecimiento, que realizó el inventario de pagos a cuenta que le solicitaba el Departamento de Auditoria Interna, relacionando las operaciones no saldadas con los tiquets correspondientes, lo cuál da racionalidad a las conclusiones del mismo, sin perjuicio de que se invoque la existencia de una posible confusión en los apellidos conforme a la diligencia de la Sra Secretaria de 10 de junio de 2009.

3) En relación con las adquisiciones realizadas en el establecimiento de Forever Young.

En el recurso se menciona que cuando se hace referencia al cuarto traje se indica la imposibilidad de fechas reflejadas en la resultancia fáctica (se consigna como hoja de pedido de sastrería la fecha de 4 de enero de 2007 y el recibo de venta pendiente de cobro lleva, extrañamente una fecha anterior, en concreto la de 4 de noviembre de 2006). Dicha circunstancia, no tiene mayor alcance, dados los múltiples documentos manejados, pudiendo tratarse de un error. No obstante, examinadas las diligencias documentales a dichos efectos, la hoja de pedido de sastrería citada por el Instructor (folio 312 de la pieza I pudiera corresponderse con otro recibo de venta de 4 de julio de 2007 (folio 133) que refleja las dos facturas con dichos importes.

También se cuestiona en el recurso, que bajo el concepto " Octavio Nuevo Cliente", que implicaba que se generara en la tienda un recibo de venta pendiente de cobro de 14 de noviembre de 2006, se identifique con el recurrente, pese al informe de Forever Young de 3 de julio de 2009. Al respecto, lo relevante para el Instructor, como se ha reiterado, ha sido la secuencia de diligencias documentales en unión de otras diligencias (recibo, el abono de los cuatro trajes englobados en otras operaciones con cargo a cheques librados por Servimadrid Integral SL, la justificación contable que quedó el día 4 de julio de 2007 mediante la emisión de un tiquet de pago con expresa referencia al importe del saldo pendiente que se cancelaba y al apellido " Octavio "), así como de otro lado, la no constancia de su abono en caja y en metálico en el momento de recogida de los trajes, deducido de que no se corresponda la relación y el contenido de los documentos de pago en efectivo que han sido aportados a la causa por la entidad propietaria, y que no se corresponde con las prendas adquiridas ni con sus fechas, todo lo cual, cubre los parámetros de la racionalidad indicada.

Consideraciones sobre las diligencias de descargo invocadas en el recurso.

En el informe de Forever Young de fecha 3 de julio, a que se refiere el recurso, se hacen referencias a las dudas de a quien pudiera pertenecer los encargos pendientes de cobro bajo el concepto " Octavio Nuevo Cliente", por coincidir con el apellido de otro cliente, pero es de insistir, la valoración de las diligencias corresponde al Instructor, que se apoya en otra prueba documental, y en una no irrazonable inferencia.

Igualmente, cuestiona la valoración que pueda concederse al documento 71, y en concreto, se indica por los recurrentes, que la cifra asignada en el citado documento por la cuantía de 5393,50 euros no cuadra con pago concreto alguno, ni con concretas prendas compradas, (folio 513 de la Pieza de Aforados), estimando que los cuatro trajes suman 2880 euros, y aún sumando un quinto traje "aparecido", no alcanza dicha cifra, negando, en consecuencia, validez de prueba alguna al indicado documento ni a su correlativo correo electrónico, que se enmarca en las construcciones del Sr. Pedro Jesús , que seguía su propia dinámica en relación con terceros, decidiendo personalmente en qué contexto atribuir los pagos, cheques o transferencias ordenando sin control alguno los pagos, englobando en tales pagos compras ya abonadas, cuestionando, por tanto, la conclusión de que los pagos tuvieran lugar por transferencias bancarias de 9497,60 euros de Diseño Asimétrico, cantidad que no tenía que ver con la atribuida en dicho documento ni la atribuible, según el auto, a los trajes, e igual conclusión realizaba respecto de los cheques de Servimadrid Integral SL por importe de 16017,30 euros, concluyendo que existe una manifiesta falta de fiabilidad de la prueba documental. Finalmente indicaba, que la suma de los importes de los trajes atribuidos al recurrente Sr. Octavio (2160, 720: 2880) no coincidía con el importe exacto de los cheques (2845,50, 5203, 2660, 4348,75 y 960), ni con la indicada transferencia.

Constituye, una cierta dificultad, la dinámica y forma de pago global de las prendas, para poder lograr descifrar a posteriori a qué concretas operaciones de compra se refieren los pagos realizados de forma global y semestral, máxime si se indica que se han detectado variadas irregularidades en la llevanza de la documentación mercantil en el establecimiento Forever Young, pero como se indicará, ello no impide, cuestionar sólidamente, las conclusiones probatorias del Instructor.



Así, en el informe denominado de "revisión de las facturas sustitutivas de los tiques de venta", realizado por Cenyval Asesores, y ratificado por el Sr. Candido , refleja múltiples incidencias en el periodo de noviembre de 2006 a diciembre de 2008 en el establecimiento de Forever Young, como la no llevanza por las facturas de una numeración correlativa de acuerdo a la fecha de emisión, facturas que no llevan grapado o no hacen referencia al tique de venta origen de las mismas, falta de firma de la factura, no llevanza de un archivo con todas las facturas, falta de información a la persona que lleva la contabilidad de la existencia de las facturas emitidas, o sustitución de la descripción de los artículos vendidos por otros que no forman parte del negocio indicando como posible finalidad su tratamiento como gasto deducible en el impuesto de sociedades. Se indica, además, en dicho informe que dentro de la carpetas de las facturas falsas localizadas se ha encontrado un documento, probablemente un fax dirigido a D. Nicolas , desglosando cantidades a seis señores distintos por compras a Forever, y que aunque se han verificado los cobros de acuerdo a las anotaciones no figura ningún tique de venta a nombre del Sr. Octavio , Simón , ni figuran dados de alta como clientes, y añade que existe una transferencia de 36.000 euros de fecha 22 de julio de 2008, que cancela diversas compras (hasta 34589 euros), existiendo un exceso de 1411 euros que se canceló y aplicó a otros clientes.

A éste respecto el Instructor indica, que aunque no se ha podido determinar quién fue la persona que hizo materialmente la relación nominal con signos tipográficos en mayúsculas de la parte superior, sí ha tenido en cuenta que se conoce quién realizó las anotaciones manuscritas relativas a la cancelación de la deuda imputada a cada una de aquéllas personas (D. Darío) que las iba realizando a medida que se recibían los instrumentos de pago para saldarla, correspondiendo dicha lista al modo convenido de actuar entre los Sres Pedro Jesús , Jesús Luis y Nicolas , evidenciado por un correo electrónico, al modo descrito en la resultancia fáctica. Igualmente, D. Estanislao , autor de dicho informe, a preguntas del Instructor, aclaró, que dichas facturas aunque no obedecían al concepto, disfrazando el objeto de venta principalmente con finalidad de deducción fiscal, sí obedecían a algún objeto cierto, correspondiendo el pago realizado a tiquets de venta que respondía a operaciones reales, y respecto del documento nº 71, que aunque no puede saberse si las personas nominalmente mencionadas en el mismo eran deudores, sí podía conocerse que los instrumentos de pago que aparecían respondían a pagos realizados coincidentes con su total.

Por todo ello, cabe concluir en la racionalidad de las inferencias del Instructor.

Y respecto de las alegaciones relativas a que queda suficientemente probada la imposibilidad de poder dar por acreditado, siquiera indiciariamente, el pago por terceros de prendas realmente adquiridas por el mismo, citando también el artículo 87 del Código de Comercio , de presunción al contado del pago de las compras en establecimiento, ya se dijo, que aunque en la presente fase procesal ninguna versión es totalmente descartable, dichas alegaciones, no desvirtúan por todo lo indicado, la racionalidad de las conclusiones del Instructor, además de que se trata de una mera presunción iuris tantum..

Finalmente, respecto de las alegaciones sobre la valoración otorgada por el Instructor a la cadena de conversaciones, que como un indicio más se señala en la resolución recurrida, no consta que se haya cuestionado con anterioridad la selección realizada por el Instructor, que ha intentado preservar del conocimiento público conversaciones del ámbito estrictamente privado, ciñéndose a las que pudieran tener relación con los hechos, y aunque es cierto que no mencione todas las conversaciones, las que cita se refieren a valorar la reacción de algunas personas cuando conocen que pueda abrirse una investigación sobre los hechos, lo que puede tener trascendencia. En definitiva, se trata de otro dato indiciario más, sin una significación autónoma, sino unida al resto de diligencias practicadas.

En conclusión, el motivo del recurso, pretendiendo el sobreseimiento por el número 1º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , relativo a no estar acreditados los hechos en los términos indicados, debe ser desestimado, sin perjuicio de que como se ha indicado, no cabe descartar de forma absoluta otras versiones.

En relación al recurso formulado por el Sr Simón .

Si bien en dicho recurso, no se cita expresamente el sobreseimiento del nº 1º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , y viene centrado esencialmente, en aspectos de más contenido jurídico, también se contienen algunas referencias relevantes a aspectos fácticos en el segundo de sus motivos.

Sobre la primera adquisición en el establecimiento de Milano.

Se manifiesta que el Sr. Simón y el propio Sr. Pedro Jesús , únicamente hacen referencia a que el recurrente encargó un solo traje, que no se hizo a su satisfacción, que se efectuaron los correspondientes arreglos, motivo por el cuál se confeccionó un nuevo traje, y que dada la precariedad del trabajo, nunca se pudo poner, siendo éste el único pedido realizado. Estima, que se viene a reconocer que la secretaria del Sr. Simón preguntó por su importe al Sr. Pedro Jesús , siendo éste quien le indicó que entregaran el dinero al Sr. Jesús Luis , lo que denota la verosimilitud de la afirmación del recurrente que realizó el pago al Sr. Jesús Luis .



Las adquisiciones referentes a ésta primera compra se refieren a tres trajes por importe de 2.400 euros. La resolución recurrida refleja, a consecuencia del testimonio del Sr. Pedro Jesús , que dicha secretaria le preguntó por el precio, constando en dicho testimonio, cómo la secretaria del Sr. Simón , llamada Ana, reiteradamente le telefoneó preguntándole por el precio de las prendas adquiridas en Milano, y que éste le dijo a la tercera llamada, previa indicación de Jesús Luis , que se las pagaran a éste último, el cuál a su vez, le dijo que le diera las gracias por haber recibido el dinero, y que estuviera en la cuenta de que él ya se lo pagaría (declaración del Sr. Pedro Jesús a preguntas del Instructor, y en particular a preguntas del Sr. Letrado del Sr. Simón Sr. Casanueva, obrantes al tercer disco, a partir del minuto 3:15 segundos).

Por todo ello, se ha de entender, partiendo de la misma resolución recurrida, que debe darse verosimilitud de la versión del Sr. Simón de haber pagado éstas prendas a través del Sr. Jesús Luis , dada la racionalidad de tal inferencia.

Sobre las posteriores adquisiciones.

La resolución recurrida refleja como adquiridos por el Sr. Simón en marzo de 2006, tres pantalones, un traje y dos americanas, cuyo precio se liquidó el 15 de septiembre de 2006, mediante la entrega de dos cheques, y englobados en un importe de cuantía superior, y librados contra la cuenta de Orange Market SL. También constan reflejadas en dicha resolución, si bien referidas a adquisiciones en el establecimiento Forever Young, en la primavera del año 2007, por parte del Sr. Simón de un traje y de seis pantalones confeccionados para el mismo, y que siguiendo la mecánica habitual, se incluyeron en la cuenta de Jesús Luis , pagándose su importe junto con una deuda de mayor importe.

Respecto de dichas adquisiciones la racionalidad de las conclusiones del Instructor, avaladas por las plurales diligencias documentales que indica, deben afirmarse, máxime cuando no consta que las llamadas de la secretaria del Sr. Simón , anteriormente mencionadas, se refieran también a estas ulteriores ventas, que además tuvieron lugar con posterioridad, y el propio testigo Sr. Pedro Jesús concretó que las llamadas se referían a las primeras compras. Y en relación a la alegación de no correspondencia de las medidas del Sr. Simón , y que se contienen en las hojas de encargo de las empresas Milano y Forever Young, en relación con las que estima el sastre habitual del Sr. Simón (Sr. Braulio), son alegaciones que pudieron realizarse anteriormente, y no desvirtúan las conclusiones del Instructor.

En consecuencia, el motivo del recurso, relativo a la no acreditación de los hechos imputados, debe desestimarse, salvo en lo relativo al pago por el Sr. Simón de la primera adquisición realizada en Milano, que debe ser estimado.

En relación al recurso formulado por el Sr. Juan Manuel .

En relación a los hechos imputados por la resolución recurrida, se solicita el sobreseimiento libre del artículo 637.1 en relación con el 779.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , porque estima concurre una inexistencia de "indicios racionales de haberse perpetrado el hecho", a saber, regalos recibidos por autoridad en consideración a su función.

Las discrepancias fácticas de esta parte recurrente, se refieren tanto a la realidad, fecha y detalles de las prendas encargadas, y en particular, por atribuir un segundo encargo, sobre la primavera de 2006 que no reconoce, constituyendo núcleo del recurso, como así indica, que la entrega de dichas prendas no constituía un regalo sino que fueron abonadas por el Sr. Juan Manuel a través del Sr. Jesús Luis .

Procediendo someramente al análisis de las mismas, diremos

En relación con la primera adquisición en el establecimiento de Milano.

Se manifiesta que consistieron en tres trajes, dos americanas y cinco pantalones por importe de 4850 euros (evidenciada por el tique nº NUM003 , obrante en las actuaciones). De las alegaciones contenidas al respecto en el recurso, se desprende que en puridad no se cuestiona ésta primera adquisición, sino el segundo encargo pese a lo cuál sostiene que el contenido de dicho tique no puede ser cierto, porque la fecha que incorpora es del 28 de enero, que era la del encargo o a lo sumo uno o dos días posteriores, y en cambio el Sr. Pedro Jesús declaró que la toma de medidas tuvo lugar sobre mayo o junio de 2005.

Dado que en realidad el recurrente no viene a cuestionar su existencia, sino su fecha, y el tique de caja, y dado que el Instructor, como venimos diciendo, se ha atendido a diligencias documentales corroboradas con las correspondientes testificales, (en concreto también a la de la cajera Sra. Verónica , que ratificó el inventario de pagos a cuenta que le solicitaba el Departamento de Auditoría interna) valorando críticamente las mismas, se ha de concluir en la racionalidad de su inferencia, sin que, al menos en la actual fase procesal, pueda concluirse que el indicado tique sea inauténtico.



Sobre la segunda adquisición en el establecimiento de Milano.

Respecto de la segunda adquisición, que es la que realmente cuestiona, ésta de acuerdo a la resultancia fáctica de la resolución recurrida, se produjo en la primavera de 2006, en el propio establecimiento de Milano, consistiendo en un chaqué de confección de la talla 48 y varias cosas más. Se indica que dicha deuda fue saldada en metálico, el día 23 de enero de 2007, que fue el día en que se saldó también, de la forma indicada, parte de otra deuda.

Como tantas veces venimos manifestando, dado el plural acervo probatorio documental (se refleja el tiquet, el apunte contable, el inventario de pagos pendientes) indicado con que ha contado el Instructor, unida a la declaración del Sr. Pedro Jesús , y la cajera Sra Verónica , no cabe estimar irracional la conclusión del Instructor.

Y respecto de la afirmación, de que en todo caso dichas adquisiciones no constituyen un regalo, la misma sin poder descartarse de forma absoluta, no pueden estimarse acreditadas, y ello por la ausencia de prueba documental de dicho pago, hecho reconocido por el recurrente, y porque aunque es cierto que el Sr. Pedro Jesús en su declaración ante el Juzgado Central de Instrucción, aludió a que fueron las secretarías de los Sres Simón y Juan Manuel , las que le llamaron para preguntarle lo que se le debía, enfatizó especialmente en la del Sr. Simón , declarando ante el Instructor de éste procedimiento, que aunque dijo anteriormente también la secretaria del Sr. Juan Manuel , no recordaba que le llamara, si bien, sí recordaba, incluso por su nombre, que reiteradamente lo hizo la del Sr. Simón .

El motivo de impugnación relativo a la falta de acreditación de los hechos imputados al Sr. Juan Manuel , debe en consecuencia ser desestimado.

En relación al recurso formulado por el Sr. Arsenio .

Cuestiona el recurrente, en modo similar a anteriores recursos, el que la resolución recurrida se haya basado para dar por acreditados los hechos, en la cambiante declaración testifical del Sr. Pedro Jesús , y en haber otorgado fiabilidad a la documentación contable generada, tanto por Milano como y Forever Young, que contenía serias irregularidades, así como en el valor otorgado al documento nº 71, debiendo estar en lo que sea aplicable a lo ya manifestado.

Adquisiciones en Milano.

De las prendas de vestir que la resolución recurrida estima que fueron adquiridas por el recurrente procedentes de la tienda de Milano (tres trajes a medida, dos abrigos y dos americanas a medida, por importe de 3549 euros, compra realizada en enero de 2005, y otra segunda de tres trajes, una americana y un pantalón por un precio conjunto de 3250 euros) se reconoce haber comprado los trajes, una americana y un pantalón (finales de 2006), por los que pagó al Sr. Jesús Luis 2000 euros.

Como venimos diciendo no cabe sino concluir en la racionalidad de las conclusiones del Instructor, al basarse en diligencias documentales (tiques pendientes de pago nº NUM000 , por importe de 1150 euros, y el nº NUM001 por 2399 euros, más el pago global mediante talón), en unión de la testifical indicada, y dicho discurso racional no pierde su valor porque en respuesta a requerimiento judicial la entidad Cortefiel, propietaria de Milano, no encontrara el listado de enero de 2005, ni se haya aportado documento de empresa de transporte que verifique la entrega.

En relación a la segunda compra (y relativa a tres trajes, una americana y un pantalón por importe de 3250 euros), que debe estimarse racional las conclusiones del Instructor que se fundamentan el tiquet (nº NUM004), además de las declaraciones citadas, siendo racional que no estimara acreditado el Instructor el pago que se indica mediante dos disposiciones bancarias (el día 4 de julio por importes de 1500 y 500 euros), al no invocarse y acreditarse documentalmente que dichas disposiciones bancarias tuvieran como destinatario directo al Sr. Jesús Luis .

2) Adquisiciones en Forever.

Respecto de éstas adquisiciones (una americana, cinco trajes y un abrigo) se reconocen la de cuatro trajes a medida por un precio de 4000 euros, con la misma forma de pago, debe concluirse la racionalidad de las inferencias del Instructor amparadas en las diligencias documentales (hojas de pedido de sastrería, hojas de confirmación del pedido), sin que el que se haya aportado el tiquet de venta al que se refiere el recurso por sólo cuatro trajes, anule los citados razonamientos del Instructor, al poder existir distintos encargos. También resulta razonable que el Instructor no acepte la forma de pago invocada mediante su abono al Sr. Jesús Luis , conforme a los razonamientos indicados respecto de la anterior compra.



Por todo ello, el motivo del recurso relativo a la falta de acreditación de los hechos consignados en la resolución recurrida, debe ser desestimado.

OCTAVO.- Desestimados los recursos formulados por los imputados en relación a los aspectos fácticos contenidos en la resolución recurrida, en los términos antes expuestos, procederemos, de igual modo analizar, también de forma conjunta y sin perjuicio de los necesarios matices para cada parte, los recursos interpuestos por los cuatro imputados en relación con los aspectos jurídicos de la resolución recurrida que expresamente cuestionan.

En primer lugar, algunos de los recursos interpuestos cuestionan directamente la concurrencia del carácter de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del delito, concurrencia resulta imprescindible para poder aplicar el delito de cohecho imputado (caso del recurso del Sr. Arsenio), y algunos otros aluden a que la finalidad de la dádiva, que insisten en que tampoco admiten su existencia, no procedería, en su caso, por la condición de autoridad, sino de los cargos ocupados en el Partido Popular de la Comunidad Valenciana (caso del recurso del Sr. Simón , conteniendo ciertas alusiones en similar sentido en el interpuesto por el Sr. Octavio , y también en el del Sr. Arsenio).

Posteriormente los recursos interpuestos vienen a sostener que los hechos no tienen encaje en el delito de cohecho imputado (art. 426, inciso primero del Código Penal), negando que la dádiva entregada, aún admitiendo su existencia a los meros efectos dialécticos y con carácter subsidiario, fuera concedida "en consideración a la función" que desempeñan las autoridades y funcionarios imputados.

a)Recurso del Sr. Octavio

Se insiste en que, desde la perspectiva del interés jurídico protegido, no existe la menor afección del mismo, ni su lesión o puesta en peligro por la conducta descrita en la resolución recurrida, por lo que no puede hablarse de la necesaria antijuridicidad material para poder considerar como delictiva una conducta. Niega la concurrencia de la necesaria conexión causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, que es exigida por la jurisprudencia, siendo necesario probar que "solo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga, le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito", sin que nada se argumente en relación a supuestos regalos típicos y su relación con el correcto, imparcial y objetivo desarrollo de las funciones públicas del Sr. Octavio , máxime si las adjudicaciones de contratos se realizaron con objetividad e imparcialidad, según declararon los miembros de las Mesas intervinientes, no teniendo ninguna eficacia los regalos, si fueran ciertos, dado que la función del recurrente ninguna intervención tenía o pudo tener en todo ello, alegando finalmente, que nada se analiza sobre hipótesis alternativas a la condición de Presidente de la Generalitat Valenciana, dadas las funciones en relación con actos y campañas del Partido Popular.

Finalmente añade que, de ser ciertas las ínfimas dádivas carecen de la necesaria idoneidad objetiva para afectar a la función del recurrente, sin que quepa acudir a valoraciones ético-sociales excluyendo el necesario juicio de proporcionalidad y el establecimiento de la aludida relación causal y excluyendo un auténtico juicio sobre la antijuridicidad de la conducta, adentrándose en el peligroso campo de las valoraciones incompatibles con el principio de legalidad penal. Desde el punto de vista de la culpabilidad, estima que se desprende la buena fe del recurrente, dadas las llamadas al Sr. Pedro Jesús preguntándole por lo que sucedía. Igualmente, en escritos anteriores, a los que se remite, también hacía referencia, conforme a lo reseñado en los antecedentes de hecho de la presente, que la adecuación social del regalo, excluiría la tipicidad.

b)Recurso del Sr. Simón

Se sostiene, igualmente, la inexistencia del delito del artículo 426 del Código Penal imputado, por no concurrir el necesario enlace causal entre la supuesta dádiva y el carácter público del receptor, y ello, porque la finalidad de la entrega no podía provenir por la condición de Diputado a las Cortes Valenciana del Sr. Simón , sino que dicha motivación, únicamente, tendría sentido por la condición del cargo que ha venido ocupando dentro del Partido Popular de la Comunidad Valenciana, dada la relación que la empresa Orange Market, S. L. mantenía con el partido Popular de ésta Comunidad en la ejecución de actos, eventos y campañas que venía realizando para el mismo, situación que dada la condición de particular y la relación de Derecho privado que la preside estaría al margen del Derecho Penal, máxime si el Sr. Simón nunca ha disfrutado de ningún cargo en la Generalitat Valenciana, careciendo de responsabilidad alguna en la Administración Pública, siendo Diputado en las Cortes, y Vicesecretario y actualmente Secretario General del Partido Popular de ésta Comunidad, siendo dichos cargos de dirección por los que, hipotéticamente y siguiendo la teoría del Instructor, D. Jesús Luis podría "contar con la gratitud o favor" del Sr. Simón , circunscribiéndose la dirección o gerencia de un Partido Política al ámbito del Derecho Privado, por lo que, los hechos carecen de trascendencia penal.

c)Recurso del Sr. Arsenio

En el recurso interpuesto por el Sr. Arsenio , se alega la interpretación restrictiva del tipo propia del Derecho Penal, y la interpretación que debe realizarse respecto la expresión "en consideración a su función" contenida en el tipo. Así alega, que ni en las fechas en que sucedieron los hechos ni con posterioridad, el Sr. Arsenio ha tenido respecto de Orange Market u otras sociedades de su grupo, ni respecto de sus gestores, relación alguna por razón de sus competencias como Jefe de Gabinete de la Agencia Valenciana de Turismo que pudiera suponer para aquellas sociedades o para sus gestores una ventaja de futuro derivada del desarrollo en su trabajo en la Agencia, siendo ajeno a los procedimientos administrativos que culminaron con la adjudicación a Orange Market de determinados concursos, estimando que la resolución recurrida otorga al vocablo "función", que utiliza el tipo una desmesurada extensión, equiparándolo a la simple ostentación por parte del autor de un título que le permita calificarlo simplemente de funcionario a efectos penales, aún cuando, por razón de sus competencias, se encuentre absolutamente desvinculado del particular obsequiante.. Sostiene que en la resolución recurrida se anuda la responsabilidad a la simple condición de funcionario y convierte en indicio (la ausencia de cualquier otra razón), en lo que precisamente, debería haber considerado como "contraindicio".

Finalmente añade que la objetivación del tipo que realiza la resolución recurrida, conculcando el principio pro reo, que en modo alguno es ajeno a la instrucción de una causa penal, pues atribuye la causa de concesión de los inexistentes regalos a la cualidad de funcionario o de autoridad de los imputados y no a la de su condición de dirigentes, miembros destacados o simpatizantes del Partido Popular.

d)El recurso del Sr. Juan Manuel

Se adhiere a los recursos anteriores, si bien luego añade algunas consideraciones preferentemente fácticas y relativas de modo especial a su caso concreto, ya analizadas.

NOVENO.- Debe procederse por la Sala, en primer lugar a analizar, si los hechos son constitutivos del delito del artículo 426 (inciso primero), primer inciso, así como los elementos constitutivos de dicho delito.

Pues bien, el artículo 426 del Código Penal , regulador del denominado doctrinal y jurisprudencialmente delito de cohecho pasivo impropio, tipifica como delito: "la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente", imponiéndole la pena de multa de tres a seis meses.

El bien jurídico protegido en todos los delitos de cohecho es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y el principio de imparcialidad que debe guiar su actuación, y específicamente para la modalidad delictiva del cohecho pasivo impropio, se identifica con la preservación de la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones, en un Estado de Derecho, sometidos exclusivamente al imperio de la ley (Auto del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2007 , que, a su vez, cita la STS de 16 de marzo de 1998 , y en parecido sentido la STS 361/1998, 16 de marzo).

Conforme a la jurisprudencia dicha modalidad constituye la figura de la concusión o cohecho pasivo, en cuanto el funcionario no se presta a realizar por dádiva o presente un acto irregular, delictivo o simplemente impropio de su función, sino que acepta regalos que le son ofrecidos, bien en atención a la función que desempeñada, bien para conseguir la ejecución de un acto debido (y, por ende, justo) que no tiene por qué ser remunerados por los particulares (STS 30/1994, de 31 de enero).

La doctrina jurisprudencial (por ejemplo ATS 1 de junio de 2007 y STS 13 de junio de 2008) viene exigiendo la necesaria concurrencia, respecto de los dos supuestos de este artículo 426, de una serie de elementos para la comisión de éste tipo delictivo:

- 1.º) La cualidad en el sujeto activo de la condición de autoridad o funcionario público, y el ejercicio de funciones públicas por parte del mismo.
- 2.º) La aceptación por éste de dádivas o regalos, y
- 3.º) Una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y la función de la autoridad o el funcionario. La finalidad del regalo o dádiva ha de ser "en consideración a su función".

Igualmente se viene señalando doctrinal y jurisprudencialmente (STS 13 de junio de 2008) que existen supuestos en que la conducta puede no ser típica, como en el caso de que venga a ser generalmente admitida por los usos sociales. Así, existen supuestos en los que no resulta fácil la delimitación de la relevancia típica de determinadas acciones, pues la existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuando pueden inscribirse en el marco de la adecuación social.



Y para la delimitación antedicha suele acudir a los principios de insignificancia y de adecuación social, como principios excluyentes de la tipicidad del hecho y, en consecuencia, entender excluidos del delito de cohecho aquéllas entregas que por su insignificante cuantía o moderación, no sean objetivamente adecuadas para motivar al funcionario a actuar, o que vengan amparadas por los usos sociales, principios que se han ido desarrollando cada vez más en la moderna ciencia penal, singularmente en Alemania, y que también van siendo cada vez más tenidos en consideración por el Tribunal Supremo español (sentencia anteriormente citada de 13 de junio de 2008, y Auto de dicho Alto Tribunal de 2 de junio de 2008, si bien, éste último en relación con otro delito distinto, el del artículo 441 del Código Penal).

Algunos ordenamientos jurídicos establecen una exención de punibilidad cuando la autoridad competente en el marco de su respectiva competencia, ha autorizado previamente al funcionario a la aceptación de una ventaja no exigida por él (Código Penal alemán, en su art. 331.3 StGB).

DÉCIMO.- Aspecto común a la mayoría de los recursos en su vertiente de impugnar la calificación jurídico penal realizada por el Instructor, viene a constituir la invocada inexistencia de una relación de causalidad, si bien, en el recurso del Sr. Arsenio, singularmente se cuestiona, destacadamente también, el carácter de funcionario público en el mismo a los efectos penales, por lo que, de estimarse dicha alegación, se haría innecesaria entrar a analizar, respecto del mismo, la concurrencia de los demás elementos del tipo.

A) La condición de funcionario público del Sr. Arsenio

Comenzando por el análisis de dicha cuestión, por la representación procesal del Sr. Arsenio se indica que a la fecha de los hechos ostentaba el cargo de Director de Gabinete de la Agencia Valenciana de Turismo con la que le vinculaba una relación laboral, y al respecto se sostiene en el recurso que la naturaleza de la actividad realizada por el mismo, respecto de las ferias de turismo en las que la Comunidad Valenciana instaló pabellones, no suponía el ejercicio de funciones públicas, por lo que, consiguientemente, no cabe ahora conceptuarlo como funcionario público a los efectos del artículo 426 del Código Penal. De ello se derivaría que en su conducta es atípica, es decir, no incluida en la norma penal. Sostiene que las concretas funciones realizadas por el mismo, que no participó en las mesas de contratación, ni en la emisión de informes técnicos, no atendían a competencia e influencia en materia de contratación de proveedores de servicios, pues las funciones sí ejercitadas -dice- no implicaban ni el ejercicio de potestades ni de funciones administrativas, con lo que concluye que no puede considerarse funcionario público.

El concepto de funcionario público a efectos penales, como reconoce la parte recurrente y recogido en el artículo 24.2 del Código Penal, es mucho más amplio que el que establece el Derecho Administrativo, y así, se considera por penalmente funcionario a todo aquél que por disposición inmediata de la Ley, o por elección, o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas. Por tanto, la cualidad de funcionario a efectos penales no puede subordinarse, ni hacerse depender, de su vinculación o calificación administrativa, ni de las definiciones contenidas en las normas reguladoras de su relación con la Administración Pública, sino que ha de atender a lo dispuesto en el Código Penal, que únicamente hace depender tal cualidad del hecho concreto y real de que una persona se halle participando, más o menos permanente o temporalmente, habiendo sido designado para ello, en el ejercicio de tales "funciones públicas" (STS 8 de mayo de 1992, y 27 de marzo de 1982, entre otras), llegándose a incluir en tal concepto los denominados "funcionarios de hecho", es decir, aquéllos que desempeñan una función pública, aunque no reúnen todas las calificaciones o legitimaciones requeridas (STS 30 de septiembre de 1992) o los interinos y sustitutos (SSTS 9 de octubre de 1991, y de 20 de mayo de 1993).

Bajo éstos parámetros ha de considerarse funcionario público, a efectos penales, al Sr. Arsenio, que ostentaba el cargo de Director de Gabinete de la Agencia Valenciana de Turismo, entidad que es de Derecho Público e incardinada en la Generalitat Valenciana, y ello con independencia de que le vinculara con tal entidad una relación laboral y no funcional, porque es indudable que las actividades de promoción del turismo, máxime desde una perspectiva de un ente de Derecho Público al que estaba vinculado, implican el ejercicio de una función pública, entendida como aquélla que tiende a satisfacer un objetivo de interés general para los ciudadanos, cuál es el caso. Las concretas funciones del cargo desempeñadas no obstaculizarían las anteriores conclusiones, además de que las funciones que describe el recurrente (apoyo a la Secretaría de la Agencia, comprobación de las condiciones en que iban a celebrarse los concursos, verificación de los stands, y otras funciones generales) forman parte o coadyuvan al cumplimiento de la función pública anteriormente indicada, sin que se precise para reunir la condición de funcionario a efectos penales tener capacidad presupuestaria sobre fondos públicos, ni una capacidad de mando especial.

Dicha consideración no puede ser obviada porque la específica relación contractual que unía al recurrente con la Agencia Valenciana de Turismo fuera de naturaleza laboral, pues lo primordial es que participaba del ejercicio de funciones públicas, que tal función era desarrollada por un ente público y sujeta a Derecho Público.



Por otra parte dicha actividad era realizada habiendo sido nombrado por la autoridad competente, como lo es los órganos propios de la indicada Agencia Valenciana, que acordaron o concertaron dicho contrato laboral, ya que el precepto penal meramente exige que se haya producido un nombramiento por autoridad competente, sin especificar qué tipo de concreta modalidad contractual o relación jurídico pública haya de concurrir.

B) La relación de causalidad

No cuestionándose la potencialidad de que la entrega de prendas de vestir pueda considerarse dádiva a efectos del delito de cohecho impropio, hemos de analizar la concurrencia del cuestionado elemento causal, de la necesaria concurrencia de la relación de causalidad entre la aceptación de la dádiva por la autoridad o funcionario público, y que la finalidad de la misma sea "en consideración a la función" desempeñada por éste último. Ya vimos en el razonamiento anterior que esa relación de causalidad es, según la jurisprudencia, elemento determinante del tipo.

a) La situación del Sr. Simón

Entrando a analizar en concreto la concurrencia de dicha relación de causalidad, cabe concluir que la misma no puede ser afirmada respecto del recurrente Sr. Simón, y ello porque, con independencia de lo que se señalará respecto de los demás recurrentes, en el caso concreto del Sr. Simón concurren dos circunstancias que excluyen la tipicidad:

1.ª) El Sr. Simón no ha desempeñado cargo alguno dentro del esquema de organización del gobierno de la Generalidad Valenciana. Ha sido desde 1995 miembro de las Cortes Valencianas.

Este simple hecho pone de manifiesto que si ha de existir relación de causalidad entre la dádiva y la función y ésta segunda es la función legislativa, habría que llegar a relacionar el participar en la redacción de las leyes con la razón de ser de la dádiva. No se desconoce que en determinados países se admite la existencia de grupos de personas influyentes, organizados para presionar en favor de determinados intereses y que lo hacen al mayor rango, al legislativo, de modo que pretenden conformar el sentido de las leyes nuevas o en el modificar las ya existentes.

Queda fuera de toda consideración práctica que el regalo se hiciera al Sr. Simón en tanto que diputado en las Cortes Valencianas, pues ello exigiría, nada menos que, en atención a lo concreto, se entendiera como factible que el Sr. Simón pudiera conseguir aunar las voluntades suficientes para aprobar una ley, que es la función que todo Diputado tiene en el Parlamento, y que ésta pudiera, de alguna forma beneficiar, aún siendo justa, al donante o a las sociedades vinculadas al mismo. Esta es una hipótesis extravagante, tanto que no se ha planteado ni contemplado en realidad las actuaciones.

La acusación popular, en su impugnación al recurso, alude a que el Sr. Simón no habría recibido regalos por parte del Grupo Correa de no haber sido miembro del legislativo valenciano, puesto que es desde ese cargo, desde el "cual puede influir en las adjudicaciones atribuidas a la entidad Orange Market SL", y ello lo deriva porque dicha entidad ha suscrito contratos con la administración valenciana, que no con el Partido Popular (o también)...". Sin embargo, no indica que la contratación le corresponda al Parlamento, sino que le corresponde al gobierno, por lo que si el Sr. Simón no formaba parte de él, y no consta que expresamente haya influido para lograr dichas contrataciones, mal puede hablarse de relación de causalidad. La alegación del impugnante, de que de ésta forma "esta en posición de influir o esperar que tenga influencia en tal sentido" implican una indeterminación tal, que en unión de lo ya indicado, hace improsperable la insistencia en la concurrencia de la relación de causalidad.

2.ª) El Sr. Simón sí ha sido y es, bien vicesecretario general, bien secretario general del Partido Popular en la Comunidad Valenciana

Si excluimos la referencia de la dádiva con la función de diputado en las Cortes Valencianas, queda abierta otra posibilidad mucho más razonable, derivada de las funciones del Sr. Simón en el Partido Popular. Es hecho admitido que la empresa Orange Market, S. L. y su dirigente el Sr. Jesús Luis tenían una relación comercial con el Partido Popular que al parecer le llevó a organizar actos importantes para dicho partido político y en esa relación tiene más sentido que las dádivas pudieran atender al agasajo de los dirigentes del Partido. No debe olvidarse que el Sr. Pedro Jesús acudió a tomar medidas al Sr. Simón en la sede de las oficinas del Partido en Valencia, y que quien se interesó por el precio de las prendas, llamando por teléfono al Sr. Simón varias veces, fue la secretaria del Sr. Simón en esas oficinas.

La relación de causalidad debe buscar, por tanto, no la relación entre la dádiva y la función pública de diputado en las Cortes Valencianas, sino entre la dádiva y la situación relevante del Sr. Simón en el Partido Popular. El artículo 426, primer inciso, no tipifica la dádiva hecha a personas no autoridades ni funcionarios, de modo que la conducta del Sr. Simón queda fuera de la aplicación de esa norma. En este sentido, cuando el Ministerio



Fiscal preguntaba al imputado por la relación entre la contratación y su partido político, el Instructor, vino a declarar impertinente la pregunta ("...no es necesario que conteste respecto a la contratación de su partido. En definitiva está sometido a derecho privado").

b) La situación de los demás imputados

Excluida la relación de causalidad en relación al Sr. Simón , analizaremos si concurre o no en los demás recurrentes.

1.º) El punto de partida

En el Auto de fecha 5 de marzo de 2009 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, por el que acordaba remitir a ésta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia la Exposición razonada, a los efectos de una posible asunción de competencia, se venía a relacionar las adquisiciones de prendas por las indicadas autoridades y funcionarios con la concurrencia de la empresa Orange Market, S. L. a los concursos para la adjudicación de los stands de la Comunidad Valenciana en distintas ferias de turismo.

Desde ese punto de partida debe advertirse que en el Auto del Magistrado Instructor de 6 de julio de 2009, que es la resolución recurrida y a la que debe atender la Sala, se hacían estas dos afirmaciones (en el subapartado sexto del también apartado sexto de la relación fáctica): 1) No existe constancia de ninguna relación directa entre el pago de las prendas de vestir, con las que parecen haber sido obsequiados los imputados, y los concretos actos de contratación realizados por las autoridades y los funcionarios de cada uno de los concretos organismos de la Administración autonómica valenciana que decidieron su adjudicación a Orange Market, S. L. en el ámbito de sus respectivas competencias y conforme a sus facultades decisorias y presupuestarias, y 2) Tampoco existe constancia de que tales agasajos fueran la causa determinante de esa concreta adjudicación decidida por las citadas autoridades y funcionarios responsables de los referidos organismos, y no por los imputados.

La Sala debe partir de estas afirmaciones a la hora de decidir sobre la concurrencia o no de la relación de causalidad. Esta vinculación directa entre la dádiva y contratación aparece también en el escrito de interposición del recurso de apelación de la acusación popular, al folio 5º párrafo tercero de su escrito, se dice: "Ciertamente esos datos a nivel indiciario no son aun suficientes para incorporarlos al acervo fáctico con la suficiente consistencia para concluir una relación causal entre los regalos y las contrataciones" (aunque luego sigue refiriéndose a la denegación de diligencias de investigación). Igualmente, por dicha parte, al impugnar el recurso del Sr. Simón , al folio 2º indica, "...que es desde ese cargo, desde el cual puede influir en las adjudicaciones atribuidas a la entidad Orange Market SL".

2.º) La constatación de las circunstancias del caso

Además de lo anterior debe dejarse constancia de toda una serie de circunstancias que afectan al examen de la relación de causalidad, es decir a la posible relación de causalidad entre la entrega de la dádiva y que ésta tuviera por finalidad la consideración a la función que desempeñaban las indicadas autoridades y funcionarios públicos:

1) El ámbito de las funciones desempeñadas por las autoridades y funcionarios públicos imputados en el presente procedimiento, como se reconoce en la resolución recurrida, no tiene por objeto la aprobación y adjudicación de los concretos actos de contratación que le fueron adjudicados a la sociedad Orange Market, S. L.

2) Se afirma en la resolución recurrida que las adjudicaciones de organización de actos públicos fue decidida por las autoridades y funcionarios responsables de los organismos competentes, no por los aquí imputados.

3) Con independencia de las discusiones doctrinales tendentes a diferenciar las dos modalidades del delito de cohecho pasivo impropio del artículo 426 del Código Penal (especialmente después de la reforma del Código Penal en el año 1991, en texto que ha sido asumido en el Código Penal vigente de 1995), puede afirmarse que la primera modalidad ha quedado referida a actos propios de "su función", y en consecuencia, a actos propios de la competencia de la autoridad o funcionario.

Se trata de que la necesidad de una valoración in concreto de la relación de causalidad ya no es únicamente tributaria de la segunda modalidad del artículo 426 del Código Penal , sino también de la primera. Precisamente por ello la necesidad de tener en cuenta la "función" ejercitada por la autoridad o el funcionario fue expresamente remarcada por el legislador con la modificación introducida por la Ley Orgánica 9/1991. En efecto, con anterioridad a la regulación actual del Código Penal, la modalidad delictiva del cohecho pasivo impropio aparecía regulada en el artículo 390 del anterior texto punitivo, que a su vez, fue objeto de modificación por la citada Ley Orgánica 9/1991, para además de añadir a la admisión de regalo, prevista inicialmente, la de la dádiva, se recalcó expresamente la finalidad que debía guiar al donante, y así se



modificaron las expresiones anteriores de "en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido", por las de "en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente".

4) La indicada acentuación de la "función" a desempeñar por la autoridad o funcionario, en la primera modalidad del artículo 426 del texto punitivo, viene a implicar que la entrega y aceptación de la dádiva, se realiza porque se encuentra dentro de las competencias y potestades de la autoridad o funcionario la concesión u otorgamiento de contratos u otros actos o, al menos, que aún no estándolo, dicha autoridad o funcionario haya procurado que el funcionario a quién sí compete, conceda al donante alguna clase de ventaja, que no fuera injusta, lo cual, como vimos no se ha acreditado. Función, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, entre otras acepciones, significa, tarea que corresponde realizar a una institución o entidad o a sus órganos o personas. Y "en consideración", es una expresión, que máxime recalcada con la preposición "en", denota una idea finalista concreta respecto de la causa de la dádiva, idea finalista que aparece en otros preceptos distintos del Código Penal ("en perjuicio de", en el artículo 257.1 del Código Penal, entre otros).

5) Entendemos por todo ello, que no cabe en el ámbito del Derecho Penal estimar que pueda existir un automatismo genérico en considerar que la conducta de admitir una dádiva por una autoridad o funcionario público, con independencia de otras posibles valoraciones de tipo ético, implique prácticamente de modo casi inevitable, que se estime que necesariamente se realiza "en consideración a su función", por el mero hecho de constatar que se reúne la cualidad de autoridad o funcionario público.

Ya indicamos, que la finalidad de la reforma legislativa realizada en el año 1991, precisamente, abundaba en la necesidad de realzar y recalcar una relación concreta con la "función" ejercida. En éste sentido, la resolución recurrida (fundamento jurídico segundo apartado c), no aprecia que exista ninguna especial razón que justifique el obsequio, pues indica: "...ninguna causa o razón diferente de la atinente a la condición personal de los receptores de las prendas y a la función pública que los mismos desempeñaban, que permita explicar por qué motivo Jesús Luis o las sociedades a las que el mismo estaba vinculado tuvieran que obsequiarles de aquél modo". Es decir, que se descarta incluso un posible agradecimiento por la adjudicación contractual obtenida, e inclusive se reitera, que no se tendía a la obtención de una determinada contraprestación (fundamento jurídico segundo in fine).

Por tanto, no cabe concluir que se haya lesionado o puesto mínimamente en peligro el bien jurídico protegido por el tipo penal y relativo a la correcta actuación de la Administración Pública y la imparcialidad de sus decisiones.

6) Las anteriores consideraciones vienen avaladas por la más actualizada doctrina jurisprudencial, de la cual se infiere que no cabe realizar una valoración automática o genérica de la concurrencia de dicha relación de causalidad. Por ello, el Tribunal Supremo, en supuestos de falta de concurrencia in concreto del elemento causal, viene incluso inadmitiendo la correspondiente querrela, precisamente por la ausencia de tal requisito estructural. Así en el ATS núm. 7784/07, de 1 de junio de 2007 (recurso 20637/06, en causa especial, confirmado por el ATS núm. 12929/07 de 27 de septiembre de 2007 indica que a éste respecto no valen genéricas referencias o suposiciones y en concreto: "...la genérica referencia a unos supuestos asuntos que pudieren encontrarse sometidos al conocimiento del órgano que preside la querrelada y en los que se ventilarían intereses y derechos propios de la aseguradora no colma las exigencias del delito imputado...".

En similar sentido, el Auto de sobreseimiento dictado en fase de instrucción por la Iltma. Sra. Instructora de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 21 de mayo de 2009, no estimando in concreto la necesaria relación de causalidad entre la aceptación de la invitación a un viaje y el cargo o condición de la autoridad imputada. También en cierto sentido en la STS de 3 de febrero de 2009 (núm. 923/09) se hace referencia a que no concurre en el hecho probado la finalidad para la que se entregó el dinero. La STS de 13 de junio de 2008 hace referencia expresa a la condición de guardias civiles de los acusados, considerando su actuación en concreto, en relación al no abono de diversas consumiciones y diversos encuentros sexuales en un club de alterne, algunas de cuyas visitas se producían en ocasiones con motivo de su función. La STS 2115/1993, de 7 de octubre, hacía referencia a la necesidad de considerar qué cualidades definen el correspondiente oficio, y la relación entre los regalos y las actuaciones que puede desempeñar el funcionario. En la STS 378/1995, de 10 de marzo, se hace referencia a ésta relación, al indicar que el hecho probado "... describe un regalo y que se realizó tan sólo en consideración al cargo para evitar que por informes del acusado se suprimieran los nuevos cursos de formación del INEM".

La STS 102/2009, de 3 de febrero, descarta la tipificación interesada por no concurrir "...en el hecho probado la realización de la finalidad para la que se entrega el dinero, tratándose de un contrato de préstamo incumplido en orden a la devolución, sin que medie la realización de un acto propio del cargo, o recompensa del ya realizado, o que haya sido entregado en consideración a su función". En igual sentido, sobre la relación concreta con



la función, el ATS 2 de febrero de 2009 (recurso 20296/2008), o la STS núm. 709/1994, de 28 de marzo : "...La nota característica de todas las infracciones que el CP dedica al delito de cohecho, es la de que la persona sobornada, o cuya corrupción se pretende, además de ser funcionario público, realice los actos que de él se soliciten en el ejercicio de los deberes de su cargo como propios e inherentes a las funciones que desempeñan..."

7) Dicha posición puede, igualmente, considerarse presente en el ámbito doctrinal, pues viene relacionándose la expresión "en consideración a su función" con que los obsequios deben ser entregados en atención al puesto que dentro de la organización administrativa ocupa la autoridad o funcionario, y consiguientes competencias que del mismo se derivan.

En éste sentido, en relación con las características del acto del cargo, en el delito de cohecho pasivo propio, cuya doctrina general pudiera entenderse trasladable al impropio, se indica que la dádiva no se ofrece o se entrega para comprar el favor general del funcionario, sino por un acto concreto, aunque no sea preciso que el acto esté determinado al detalle, sino que esté lo suficientemente individualizado para que objetivamente se pueda saber que la solicitud de la dádiva es contraprestación a un acto concreto.

Igualmente, se describe, en algunos preceptos similares sobre cohecho pasivo impropio del Derecho Comparado (art. 331.1 StGB del Código Penal Alemán, que dentro del cohecho pasivo, especifica que la recepción de una ventaja debe serlo "para el desempeño de su función").

C) Conclusión.

La falta de concurrencia de la relación de causalidad cabe apreciarla respecto de todos los imputados, inclusive en el Sr. Arsenio , al que prima facie la concurrencia de la misma pudiera presentarse, aparentemente, como relativamente más factible que en los restantes, dado el cargo que desempeñaba de Vicepresidente ejecutivo de la Agencia Valenciana de Turismo, ente público de la Generalitat, y con la que se hicieron diversas contrataciones con la entidad Orange Market SL. Pero ello, debe ser descartado, porque aún valorando que sus funciones concretas no estaban directamente relacionadas con la aprobación de las adjudicación de las contrataciones, ni con la participación en la mesa de contratación, se podría plantear como posible que de alguna forma, aún excediéndose de dichas funciones, pudiera haber influido o participado de algún modo en las mismas, tal como aduce la acusación popular, pero dado que ello es descartado expresamente en la resolución recurrida, la ausencia de la relación de causalidad debe también ser mantenida respecto del mismo.

En consecuencia, dada la ausencia del requisito de la necesaria relación de causalidad, que es de insistir es un requisito estructural del tipo penal, procede la estimación parcial de los recursos interpuestos, en el sentido de considerar que los hechos imputados, no son constitutivos del delito imputado de cohecho pasivo impropio del artículo 426 del Código Penal , y todo ello respecto de todos los recurrentes imputados, ya que, además del Sr. Simón ya excluido anteriormente de la aplicación del tipo, los restantes no tenían por objeto de su cargo o función, conforme a lo anteriormente manifestado, ninguna relación o competencia respecto de la adjudicación de contratos ofertados por la sociedad Orange Market, S. L., no constando tampoco actuación alguna favorecedora de la misma, ni, en todo caso, que tales obsequios lo fueran por agradecimiento.

La representación de la acusación popular, hace referencia, respecto del Sr. Octavio , a que no puede olvidarse las millonarias adjudicaciones realizadas a la empresa Orange Market SL por las distintas Consellerías del Gobierno de la Generalitat que preside el mismo. Pero aparte de la falta de competencia de dicho relevante cargo con las contrataciones, y la ausencia de relación directa entre las mismas, se ha de recordar que los hechos delimitados como objeto del presente proceso, como se dijo al resolver anteriores recursos, no se identifican con la existencia de una "irregular contratación", sino que las entregas de las dádivas tuvieran una relación causal con tales contrataciones; es más debe tratarse de adjudicaciones justas o correctas, ya que, si se tratara de un acto irregular, transcenderíamos del artículo 426 a otra figura del cohecho (artículo 420 si el acto es injusto), con mutación de los hechos que son objeto del debate procesal.

La asunción de competencia por ésta Sala, no implicaba la asunción ni de una clara antijuridicidad material en las conductas ni de una clara existencia de una relación causal, sino meramente que los indicios que se indicaban en la exposición razonada, cumplían los parámetros para el inicio de una investigación judicial en éste Tribunal, y recordemos, que entre esos indicios figuraban presentes la relación entre la dádiva y la contratación, que el Instructor, tras la pertinente investigación ha descartado. Inclusive, como se dijo, la misma acusación popular, en su recurso de apelación, aunque postula la práctica de más actos de investigación, manifiesta que los datos a nivel indiciario no eran aún suficientes para incorporarlos al acervo fáctico con la suficiente consistencia para concluir una relación causal entre los regalos y las contrataciones.

Y todo ello sin olvidar que también existe una relación entre la indicada sociedad y el Partido Popular en la Comunidad Valenciana, a la fecha de los hechos, y a la que expresamente se refiere la resolución recurrida,



respecto de alguno de los recurrentes (además del Sr. Simón , el Sr. Octavio era el Presidente del Partido Popular de la Comunidad Valenciana a la fecha de los hechos), y si bien cabe considerar, en particular respecto del Sr. Octavio (ya se dijo que sí respecto del Sr. Simón) que no elimina su carácter de posible sujeto activo del delito pues también se reúne la condición de Presidente de la Generalitat que puede absorber a aquélla, si difumina, aún más si cabe, la conclusión de que la realización de los obsequios tenga por causa, y exclusivamente, "la consideración a la función" realizada por las autoridades y funcionarios públicos en quienes concurre tal condición.

Por tanto, como dijimos, al no constatarse tan siquiera un mínimo de puesta en peligro para el bien jurídico, procede la declaración de sobreseimiento libre, en tanto en cuanto los hechos no son constitutivos de ninguna de las modalidades del delito de cohecho del artículo 426 del Código Penal (artículo 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que debe extenderse al Sr. Juan Manuel , que si bien ha centrado su recurso, más que en aspectos jurídicos del delito imputado en la inexistencia de los hechos, por haber existido pago y no obsequio en la adquisición de las prendas de vestir, deben extenderse al mismo, necesariamente, el sobreseimiento al ser idéntica la imputación esencial de los hechos, sin que la Sala, dada dicha estimación parcial de los recursos, estime deba realizar el pronunciamiento a que se refiere la representación procesal del Sr. Octavio en el primer otrosí de su recurso.

UNDECIMO.- En la fase procesal en la que se encuentra la instrucción, ordena la ley que el Magistrado Instructor debe decidir entre seguir el procedimiento adelante o sobreseer; y pudiera ser conveniente dejar aquí constancia de lo siguiente.

a) En el derecho español, y como es sobradamente conocido, el avance del proceso va exigiendo que se hagan "juicios" sobre la naturaleza jurídica de los hechos, de manera que no se continúe con el desarrollo del proceso cuando aparece, ya en esta fase, que los hechos no son constitutivos de delito.

La instrucción penal tiene entre sus objetivos el determinar si existen o no los elementos necesarios para que se vaya avanzando en el proceso, puesto que se considera legalmente que la continuación del mismo, y de modo especial el verdadero enjuiciamiento que se abre con el juicio oral, sólo debe ser sufrido por el imputado cuando concurren elementos suficientes para ello.

La continuación del proceso y, sobre todo, el juicio oral, sólo debe ser realizado cuando razonablemente se haya llegado a la constatación por un tercero ajeno a las partes, es decir, por un tribunal, no de que va a obtenerse una sentencia condenatoria, lo que es obvio que no cabe, pero sí de que, en lo que ahora importa, el hecho puede ser delictivo. La decisión relativa a la continuación del procedimiento debe tomarse en momentos determinados, como es el supuesto del artículo 779.

b) Desde lo anterior puede entenderse como el Auto del Magistrado-Instructor de 6 de julio, que es el recurrido, significa en la instrucción que el Magistrado ha entendido que procede la continuación del proceso, mientras que las partes recurrentes, imputadas en las actuaciones, lo que piden por medio de sus recursos es que no continúe el procedimiento.

Se trata, pues, de que al final de la instrucción, en este caso, al final de las Diligencias Previas, el Magistrado Instructor tiene que dictar una resolución en la que debe optar, básicamente en lo que ahora nos importa, entre: 1) Estimar que el hecho, existiendo a nivel de indicio, no es constitutivo de delito, caso en el que sobreseerá, y 2) En sentido contrario, considerar que existen indicios suficientes para estimar que el hecho investigado, aparte de que ocurrió, pudiera ser constitutivo delito, caso en el que ordenará seguir el procedimiento por sus trámites.

Pues bien, el Magistrado Instructor ha considerado que los hechos que describe en su Auto, y que se presentan de modo indiciario, pueden ser constitutivos y por ello ordena la continuación del procedimiento. Las partes imputadas, en el uso de su derecho, discrepan de esa decisión y por medio de este recurso piden a la Sala que revise si los hechos, con todas las matizaciones y correcciones que hemos visto antes, son o no constitutivos de delito. Al final resulta que la decisión sobre la naturaleza jurídica de los hechos corresponde a esta Sala, la cual debe decidir si es necesario que el procedimiento siga adelante o si debe terminar aquí por medio del sobreseimiento.

Con la decisión de sobreseimiento libre adoptada por ésta Sala a causa de la ausencia de la necesaria relación de causalidad, ésta Sala no se está anticipando a cuestiones o juicios de valor discutibles o dudosos que pudieran entenderse más propios de una fase procesal más avanzada, singularmente la del juicio oral, sino que se trata, de que a la vista y partiendo de que la misma resolución recurrida concluye que no existe relación directa entre el pago de las prendas y los concretos actos de contratación realizados por las autoridades y funcionarios de cada uno de los organismos que decidieron la contratación a la empresa Orange Market, y de que no hay constancia de que los agasajos fuera la causa determinante de esa concreta adjudicación, lo que se ha acreditado, es que falta todo tipo de relación de causalidad, ya que es de insistir, no se indica únicamente



que los imputados no tuvieran competencia para autorizar dicha contratación, sino que los funcionarios competentes que sí la tenían actuaron para otorgar dichas adjudicaciones por otras motivaciones ajenas a las dádivas.

El sobreseimiento y archivo, y por tanto en la actual fase procesal en que nos encontramos, ha sido también acordado, por el Tribunal Supremo, en otros supuestos, ante la ausencia de la necesaria relación de causalidad, que debe considerarse, conforme a su propia doctrina, un requisito estructural del delito imputado (ATS 1 de junio de 2007 , ATS de 27 de septiembre de 2007 , además de los citados). Si la relación de causalidad entre la dádiva y la función desempeñada por las autoridades o funcionarios públicos, no se ha acreditado tras la fase de instrucción, y así se refleja en la resolución recurrida, y la misma constituye un requisito consustancial al tipo, estimamos, que debe resolverse, en consecuencia, en el presente momento procesal.

El Ministerio Fiscal, al impugnar el recurso, alude que estando pendientes de practicar aún diligencias que pudieran ser relevantes para la calificación y prueba de los hechos, sería prematuro pronunciarse sobre un archivo definitivo de los mismos. Pero ha de indicarse, que si el ministerio público pensaba que era prematura la clausura de la instrucción, pudo recurrir dicha resolución por dicho fundamento, y sin embargo, el recurso interpuesto se refiere a otras cuestiones, ya suficientemente analizadas en el fundamento jurídico tercero, y en todo caso, si el Instructor ha podido dar por clausurada la fase de instrucción, decantándose tras las diligencias practicadas, por el dictado de una de las alternativas del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , no parece posible, que el procedimiento pueda continuar, máxime cuando en el ámbito propio del citado precepto el Instructor, tras una escrupulosa y adecuada instrucción, ha llegado a la conclusión contraria de inexistencia de la relación de causalidad..

La estimación del recurso, debe serlo de forma parcial, al no haber prosperado el pronunciamiento solicitado en primer lugar, y por ende principal, de sobreseimiento por no existir indicios de haberse perpetrado el hecho a que se refiere el presente procedimiento (artículo 637.1 de la indicada Ley procesal penal).

DUODECIMO.- Respecto de los recursos interpuestos por las partes imputadas recurrentes, dada su estimación parcial, procede sobre las costas su declaración de oficio, no procediendo especial imposición a ninguna de las partes. Respecto de las originadas por el recurso de la acusación popular, dada su desestimación y en virtud del principio del vencimiento, se imponen a dicha parte recurrente, y sin especial imposición de las generadas por el recurso del Ministerio Fiscal, dada su especial posición de parte objetiva y necesaria en el proceso penal (arts. 239 , 240 y 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

DECIMOTERCERO.- Dado que en la presente resolución, se acuerda, al resolver un recurso de apelación, revocando la resolución recurrida, el sobreseimiento libre, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito, que se trata de un proceso, que por razón de aforamiento, correspondería conocer al Tribunal del Jurado en el ámbito de esta Sala de lo Civil y Penal en única instancia, y que el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor, imputó, por los mismos, a las autoridades y funcionarios indicados en la presente resolución, Auto que aunque transformaba el procedimiento al de la Ley del Jurado, contenía una clara imputación a personas concretas, descartando expresamente el sobreseimiento, con descripción de hechos y figura delictiva imputada, y por tanto, similar al de transformación a procedimiento abreviado (si bien que dada la naturaleza de delito corresponda la tramitación del procedimiento establecido en la Ley del Jurado), que de no ser por la naturaleza del delito sería el que se habría dictado (se dice en el ámbito del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de conformidad con lo dispuesto en el art. 848 de la indicada Ley procesal penal , la doctrina del Tribunal Supremo, (STS 14 de enero de 2004 , 3 de julio de 2001 , 3 de mayo de 1999), y lo acordado en el Acuerdo no Jurisdiccional de dicho Alto Tribunal de 9 de febrero de 2005, sobre los autos que dictados en procedimiento abreviado son recurribles en casación, contra la presente resolución, cabra interponer recurso de casación, sí bien, únicamente por infracción de ley, conforme al artículo 848 de dicha ley procesal .

Dicho Acuerdo no Jurisdiccional especifica como requisitos para que pueda acceder a casación un Auto dictado en el procedimiento abreviado, los siguientes: 1) Debe tratarse de sobreseimiento libre; 2) Que haya recaído imputación judicial equivalente a procesamiento, entendiendo por tal, aquella resolución, en que se describa el hecho, se consigne el derecho aplicable, y se indiquen las personas responsables; 3) El Auto se haya dictado en procedimiento, cuya sentencia sea recurrible en casación.

Y por lo que se refiere al tercer requisito ha de valorarse en concreto (ATS de 19 de diciembre de 2007 , Auto 2312/07), es decir valorar si en el procedimiento concretamente seguido en el caso en el que ha sido dictada la resolución en estudio albergase la posibilidad de ulterior recurso de casación frente a la sentencia que, en su lugar, hubiera podido recaer en su seno, a lo que cabe dar una respuesta afirmativa, habida cuenta, que pese a la penalidad a imponer en la figura delictiva del artículo 426 del Código Penal , por razón de deber de enjuiciarse ante el Tribunal del Jurado en el ámbito de éste Tribunal Superior, la sentencia que pudiera dictarse



tendría acceso al recurso de casación (artículo 847 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y, además, en todo caso, la tendría también, si se tratara del procedimiento abreviado el adecuado, ya que, también la sentencia se dictaría por razón de aforamiento ante ésta Sala en única instancia, artículo 847.1.a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En todo caso, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a los recursos legalmente establecidos, motivaría la interpretación más favorable como se hace en la presente.

Naturalmente, la posibilidad de interponer recurso de casación por haberse acordado el sobreseimiento libre, queda limitada a dicho pronunciamiento, y no a las desestimaciones realizadas respecto de los recursos de las acusaciones, popular y pública, contra las cuales, legalmente, no procede dicho recurso de casación.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

LA SALA DECIDE:

1.º) Desestimar la petición de nulidad de actuaciones formulada por la Procuradora de los Tribunales Dña. Pilar Palop Folgado, en representación del Muy Honorable Señor Presidente de la Generalitat Valenciana D. Octavio .

2.º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Juan Antonio Ruiz Martin, en representación de D. Nazario , D. Jose Carlos , Dña. Paula y Dña. María Inmaculada , todos ellos Diputados del Grupo Parlamentario Socialista de las Cortes Valencianas, personados en el concepto de acusación popular, al que se adhirió parcialmente el Ministerio Fiscal y que es impugnado por las defensas, contra el Auto de fecha 6 de julio de 2009, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor en las Diligencias Previas 2/2009 tramitadas ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, con imposición del pago de las costas del citado recurso de apelación a dicha parte acusadora popular.

3.º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió la acusación popular e impugnaron las defensas, contra el citado Auto de fecha 6 de julio de 2009, dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor en las Diligencias Previas 2/2009 tramitadas ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, sin especial imposición del pago de las costas generadas por el citado recurso de apelación.

4.º) Desestimar los recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los imputados en este procedimiento (la del Muy Honorable Señor Presidente de la Generalitat Valenciana D. Octavio , del Ilustre Señor Diputado de las Cortes Valencianas D. Simón , ambos aforados a éste Tribunal, así como las otras dos personas también imputadas no aforadas ante el mismo, Honorable Señor D. Juan Manuel , y D. Arsenio), respecto de la solicitud principal de sobreseimiento libre interesada al amparo del apartado primero del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

5.º) Estimar dichos recursos de apelación interpuestos por las representaciones procesales de los imputados en este procedimiento (la del Muy Honorable Señor Presidente de la Generalitat Valenciana D. Octavio , del Ilustre Señor Diputado de las Cortes Valencianas D. Simón , ambos aforados a éste Tribunal, así como las otras dos personas también imputadas no aforadas ante el mismo, Honorable Señor D. Juan Manuel , y D. Arsenio), en lo relativo a su petición subsidiaria, y en consecuencia, se acuerda el sobreseimiento libre de todos ellos por no ser los hechos constitutivos de delito, de conformidad con el apartado segundo del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , sin especial imposición de costas a ninguna de las partes recurrentes.

6.º) Librar testimonio de la presente resolución para su remisión a las Diligencias Previas 2/09, y al Procedimiento ante el Tribunal del Jurado 1/2009.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, instruyéndoles de que respecto del pronunciamiento de sobreseimiento libre realizado en la presente resolución al estimarse en parte los recursos interpuestos por las partes imputadas, puede interponerse recurso de casación dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes a la notificación de la presente y cumpliendo las prescripciones señaladas en los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , sin que proceda recurso alguno respecto de las desestimaciones de los recursos interpuestos por las acusaciones.

Llévese certificación de la presente al Rollo.

Así lo disponemos, mandamos y firmamos.

Doy fe.

Voto particular que formula el Magistrado Juan Montero Aroca



La discrepancia con la mayoría de la Sala que se expresa en este voto particular no afecta a los pronunciamientos de la parte dispositiva del Auto que se enumeran con los ordinales primero a cuarto. La discrepancia se centra en el ordinal quinto y, dentro del mismo, solamente en la estimación de los recursos, con el consiguiente sobreseimiento, de los Sres. Octavio , Juan Manuel y Arsenio ; por tanto, tampoco se discrepa de la estimación del recurso, con el sobreseimiento, del Sr. Simón .

En los términos dichos la discrepancia responde a dos dudas. La mayoría de la Sala considera, con razones perfectamente atendibles, que existe seguridad en la conclusión de que los hechos imputados a los Sres. Octavio , Juan Manuel y Arsenio no son constitutivos de delito y lo hace asumiendo la que estima jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las dudas de este Magistrado radican, primero, en si los hechos pudieran ser constitutivos de delito y, segundo, en que no está convencido de que la jurisprudencia reseñada en el Auto responda a la interpretación que estima adecuada del artículo 426, primer inciso, del Código Penal .

En el tramite en que se encuentra el proceso la decisión que decrete el sobreseimiento debería responder a la seguridad (en sentido jurídico) de que los hechos no son constitutivos de delito, mientras que la decisión sobre la continuación del proceso se basaría, simplemente, en que los hechos pudieran ser constitutivos de delito; en un caso no son y en el otro pudieran ser.

Pues bien, este Magistrado no está convencido de que los hechos imputados a los Sres. Octavio , Juan Manuel y Arsenio no sean constitutivos de delito. Ese no convencimiento radica en que el tipo del artículo 426, inciso primero, requiere, sí, que la dádiva tenga algún sentido o adecuación a la función de la autoridad o del funcionario, de modo que no quepa decir que no existe relación alguna (y por esto se comparte el sobreseimiento del Sr. Simón , dada su condición de diputado en las Cortes Valencianas, no de miembro de los órganos de gobierno de la Generalidad Valenciana), pero no parece a este Magistrado que ese tipo penal tenga que requerir una relación de causalidad, por lo menos en los términos que en el Auto se dice y respecto de los Sres. Octavio , Juan Manuel y Arsenio .

Según el parecer de quien formula este voto particular esa falta de convencimiento le debe llevar a discrepar de la mayoría de la Sala, de lo que deja constancia por medio de este voto particular.

En Valencia y a uno de agosto de dos mil nueve.

Fdo. Juan Montero Aroca

Ante mí, doy fe.