

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 478/2010

RECURSO CASACION N°: 2172/2009

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 12/05/2010

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

Fecha Sentencia: 17/05/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: ICR

Auto de sobreseimiento libre. Delito de cohecho impropio.

N°: 2172/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz

Fallo: 12/05/2010

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA N^o: 478/2010

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

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

En el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por **ANGEL LUNA GONZÁLEZ, JOAQUÍN PUIG FERRER, CARMEN NINET PEÑA y CRISTINA MORENO FERNÁNDEZ (Acusación Popular)** y por el **MINISTERIO FISCAL**, contra Auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana; los Excmos.

Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, estando representados la Acusación Popular por la Procuradora de los Tribunales Doña Teresa Castro Rodríguez; siendo parte recurrida **FRANCISCO-ENRIQUE CAMPS ORTÍZ**, representado por la Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Juliá Corujo; **RICARDO COSTA CLIMENT**, representado por la Procuradora Doña Carmen Ortíz Cornago; **VICTOR CAMPOS GUINOT**, por la Procuradora Doña Rosario Sánchez Rodríguez y **RAFAEL BETORET PARREÑO**, por el Procurador Don Isidro Orquín Cedenilla.

I. ANTECEDENTES

-
-

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5, 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. Francisco Enrique Camps Ortíz, Presidente de la Generalidad valenciana, D. Ricardo Costa Climent, Diputado de las Cortes valencianas, ambos aforados ante dicho Tribunal, D. José Víctor Campos Guinot, que desempeñó en su día el cargo de Vicepresidente del Consell de la Generalidad valenciana, y D. Rafael Betoret Parreño, 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 la 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 aquél auto del Juzgado Central de Instrucción nº 5 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: a) Declarar terminadas las Diligencias Previas, b) 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 c) 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 hora 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 consignaban, 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. Luis de Miguel Pérez (99,96%) y a D. Pablo Crespo Sabaris (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. Álvaro Pérez Alonso, 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. Álvaro Pérez Alonso entabló relación de amistad, entre otras personas, con D. Ricardo Costa Climent (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. Álvaro Pérez ya era conocido de D. Ricardo Costa 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 1.325741,44 € 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 Pablo Crespo Sabaris y que, al parecer, dirigía y controlaba Francisco Correa Sánchez. En la oficina en que Pablo Crespo 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 Francisco Correa Sánchez) y otras sociedades del grupo de las que el citado Pablo Crespo 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. Álvaro Pérez Alonso solía frecuentar con Pablo Crespo Sabaris 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. José Tomás García. Los señores Pérez y Crespo llegaron a convenir con D. José Tomás 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 Álvaro Pérez, siendo luego saldado el importe de la deuda por Pablo Crespo, 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 Crespo 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) Álvaro Pérez Alonso acompañó a D. Rafael Betoret Parreño, 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. José Tomás: "vamos a hacerle una serie de ropa a este señor". En tal ocasión D. Rafael Betoret encargó tres trajes a medida, un abrigo a medida, otro de confección y dos americanas también a medida (declaración de Tomás y tiquets pendientes de pago nº 184795, por 1.150 € y nº 184856, por 2.399 €, a folio 219 de la pieza I), todo lo cual le fue enviado por el Sr. Tomás a Valencia, siendo satisfecho el importe de esas prendas por Pablo Crespo, según el sistema convenido por este último y por Álvaro con José Tomás, 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 Álvaro Pérez, por Pablo Crespo 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 José Tomás se desplazó, desde Madrid, a la ciudad de Valencia por indicación de Álvaro Pérez, 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. Ricardo Costa Climent, fueron a visitarle al despacho que el mismo tenía en la sede de aquel partido, en cuyo interior le tomó medidas D. José Tomás, encargándole aquél varias prendas a la vista del muestrario de telas que le fue exhibido. Al día siguiente Álvaro y José Tomás acudieron al despacho oficial de D. Víctor Campos Guinot, que desempeñaba el cargo de Vicepresidente del Consell de la Generalidad Valenciana, en cuyas dependencias el Sr. Tomás 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, Álvaro Pérez y José Tomás se reunieron en un

restaurante con D. Rafael Betoret Parreño, quien también eligió telas del muestrario para que le fueran confeccionadas varias prendas a medida (al Sr. Betoret no le fueron tomadas medidas porque el Sr. Tomás 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. Costa, Campos y Betoret encargaron al Sr. Tomás, al menos, las siguientes prendas a medida: D. Ricardo Costa, tres trajes, por importe 2.400 € (tiquet pendiente de pago nº 187730, a folio 1213, tomo IV); D. Víctor Campos, tres trajes, dos americanas y cinco pantalones, por importe 4.850 € (tiquet nº 187755, a folio 1214, tomo IV); y D. Rafael Betoret, tres trajes, una americana y un pantalón, por importe de 3.250 € (tiquet nº 187705, a folio 1212, tomo IV). Todas esas prendas, una vez confeccionadas, fueron enviadas a sus destinatarios.

Según manifestó D. José Tomás, la Secretaria del Sr. Costa 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 Álvaro Pérez (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 Álvaro Pérez, por Pablo Crespo 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. Costa y Betoret y la del nombre y apellido de D. Víctor Campos, 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. Ricardo Costa Climent, 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. Ricardo Costa, obran a folios 2188 a 2190 del tomo VII.

D) En fecha no precisada, a principios del año 2006, D. Francisco Enrique Camps Ortiz (que desempeñaba entonces y sigue desempeñando en la actualidad el cargo de Muy Honorable Presidente de la Generalidad Valenciana) visitó por indicación de D. Álvaro Pérez la tienda de Milano de la calle Serrano, 29 de Madrid, siendo atendido por D. José Tomás García, 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. Camps Ortíz y, como no le venían bien, pasado el verano de ese mismo año fueron devueltos por el mismo al Sr. Tomás, 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. Francisco Camps tres americanas a medida (tiquet pendiente de pago nº 187706, 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 Camps (folio 1194 al tomo IV): una se corresponde con el tiquet número 187706, 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 187729 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. José Tomás en la declaración que prestó ante este magistrado instructor, sobre la primavera de 2006 D. Víctor Campos 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. Campos negó en su declaración). Un chaqué de confección de esa misma talla aparece reseñado, junto con otras prendas, en el tiquet n° 188986, 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 Campos 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. Campos, 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. José Tomás García 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 Álvaro Pérez y con Pablo Crespo 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 Álvaro Pérez de los encargos de prendas de vestir que le hicieran aquéllos u otras personas que acudieran en su nombre; la remisión periódica a Pablo Crespo 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) José Tomás llamó por teléfono a D. Francisco Enrique Camps Ortiz 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. Francisco Camps 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 "CAMPS 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. Camps Ortíz 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. Camps 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 "Camps" (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. José Tomás:

a) En ese mismo año 2006 Álvaro Pérez le encargó por teléfono la confección de un esmoquin para D. Francisco Camps, que fue enviado a la oficina de Álvaro 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 Álvaro Pérez le encargó un frac a medida para él y otro, también a medida, para el Sr. Camps, diciéndole que los necesitaban para un acto protocolario en el Vaticano, siendo confeccionado y entregado el correspondiente a Álvaro, pero como la premura de tiempo no le permitía hacer el otro frac a medida para el Sr. Camps, 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 Álvaro le encargó también dos chalecos negros para los fracs, que confeccionó y remitió. El préstamo del frac fue admitido por el Sr. Camps, quien afirmó haberlo devuelto juntamente con el chaleco negro.

c) Declaró igualmente el Sr. Tomás que en la primavera del año 2007 D. Francisco Camps 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. Camps 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 José Tomás en la cuenta de Álvaro Pérez y satisfecho luego por Pablo Crespo, según el sistema convenido entre ellos.

d) En otoño de 2007 Álvaro Pérez pasó un día por la tienda y se llevó cuatro corbatas de elevado precio diciendo que eran para regalárselas a D. Francisco Camps. 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 Pablo Crespo. No se ha acreditado que esas corbatas fueran entregadas al Sr. Camps.

e) También manifestó el Sr. Tomás que en la primavera o verano del año 2008 D. Francisco Camps 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 Tomás, 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. Ricardo Costa Climent 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. Costa ya tiene ficha abierta y que deben hacerse determinadas rectificaciones con respecto a las medidas del último traje. Según explicó Tomás, 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. Ricardo Costa, 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. Costa, sino que el importe de esas prendas se incluyó en la cuenta de Álvaro Pérez 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. Costa Climent 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. Tomás García (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. Rafael Betoret Parreño 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. Ricardo Costa 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 Álvaro 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 José Tomás en la cuenta que tenía convenida con Álvaro Pérez y con Pablo Crespo, 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 Pablo Crespo 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. Javier García Fernández en la parte inferior de un folio en cuya parte superior figuraba la indicación "A/ATT. PABLO CRESPO (COMUNIDAD VALENCIANA)" seguida de una lista nominal que incluía los nombres de Francisco Camps, Rafael Betoret, Ricardo Costa, Álvaro Pérez y Pablo Crespo (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 José Tomás 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 Tomás, 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 Javier García), que las iba realizando a medida que se recibían los instrumentos de pago para saldarla. Esa lista respondía al modo de actuar convenido entre José Tomás, Álvaro Pérez y Pablo Crespo para que este último abonara los pagos pendientes, y parte de su contenido fue remitido por correo electrónico por José Tomás, desde su dirección en "foreveryoung.es", a la dirección de Pablo Crespo 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 Álvaro Pérez Alonso 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. Eduardo Hinojosa García Puente (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. Francisco Camps Ortíz, D. Ricardo Costa Climent, D. Víctor Campos Guinot y D. Rafael Betoret Parreño, 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 Álvaro Pérez, a quienes solían encomendarse las más variadas tareas y encargos".* **QUINTO.-** Frente a dicha resolución se interpusieron por los imputados, respectivamente, distintos recursos de apelación, los cuáles fueron impugnados por las acusaciones, solicitando el sobreseimiento y archivo del procedimiento. **SEXTO.-** El Ministerio Fiscal, interpuso recurso de apelación, que es impugnado por las defensas y al que se adhirió la acusación popular, previo recurso de reforma, que el Instructor desestimó por Auto de 14 de julio de 2009. **SÉPTIMO.-** Por el Procurador D. Juan Antonio Ruiz Martín, en representación de Ángel Luna González, Joaquín Puig Ferrer, Carmen Ninet Peña y Cristina Moreno Fernández, todos ellos Diputados del Grupo Parlamentario Socialista de las Cortes valencianas, personados como 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, al que se adhirió en parte el Ministerio Fiscal, e impugnan las defensas. **OCTAVO.-** Tras tenerse por interpuestos y admitidos los indicados recursos de apelación, mediante providencia 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. **NOVENO.-** 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, 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, se acordaba elevar las actuaciones originales a la Sala Civil y Penal para la decisión del mismo.

SEGUNDO.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó el siguiente pronunciamiento: "1º) Desestimar la petición de nulidad de actuaciones formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Pilar Palop Folgado, en representación del Muy Honorable Señor Presidente de la Generalitat Valenciana D. Francisco Enrique Camps Ortiz.- 2º) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Juan Antonio Ruiz Martín, en representación de D. Ángel Luna González, D. Joaquín Puig Ferrer, D^a. Carmen Ninet Peña y D^a. Cristina Moreno Fernández, 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.- 3º) 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.- 4º) 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. Francisco Enrique Camps Ortiz, del Ilustre Señor Diputado de las Cortes Valencianas D. Ricardo Costa Climent, ambos aforados a éste Tribunal, así como las otras dos personas también imputadas no aforadas ante el mismo, Honorable Señor D. José Víctor Campos Guinot y D. Rafael Betoret Parreño), respecto de la solicitud principal de sobreseimiento libre interesada al amparo del apartado primero del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.- **5º**) 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. Francisco Enrique Camps Ortiz, del Ilustre Señor Diputado de las Cortes Valencianas D. Ricardo Costa Climent, ambos aforados a éste Tribunal, así como las otras dos personas también imputadas no aforadas ante el mismo, Honorable Señor D. José Víctor Campos Guinot y D. Rafael Betoret Parreño), 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.- **6º**) 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".

Se formula Voto Particular por uno de los Magistrados integrantes de la Sala al discrepar del criterio mayoritario del Tribunal.

TERCERO.- Notificado el Auto a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, los recurrentes, formalizaron sus recursos, alegando los motivos siguientes: **I.- RECURSO DE ANGEL LUNA GONZÁLEZ, JOAQUÍN PUIG FERRER, CARMEN NINET PEÑA y CRISTINA MORENO FERNÁNDEZ: PRIMERO.-** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 426 C.P.. **SEGUNDO.-** Al amparo

del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción de precepto constitucional, artículo 9.3 de la Constitución Española, interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, y en relación a la vulneración de la tutela judicial efectiva, ex artículo 24.1 de la Constitución Española, por cuanto la primera es una proyección negativa de la segunda. **TERCERO.**- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, artículo 24.1 de la Constitución Española, y vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. **CUARTO.**- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ex artículo 24.1 de la Constitución Española, y derecho a no padecer indefensión, artículo 24.2 de la Constitución. **II.- RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL: PRIMERO.**- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del artículo 426 del Código Penal. **SEGUNDO.**- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española por errónea aplicación del artículo 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 12 de mayo de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo al estudio de las cuestiones de fondo planteadas por las acusaciones recurrentes, procede dar respuesta a dos pretensiones de índole formal aducidas por las defensas en sus respectivos escritos de alegaciones.

En la primera de ellas, la defensa del Sr. Costa viene a solicitar la suspensión de la decisión del presente recurso en tanto no se resuelva por el T.S.J. de Madrid la petición de nulidad de las actuaciones, en relación con una serie de intervenciones de las conversaciones telefónicas habidas entre los abogados allí designados y sus defendidos, acordadas judicialmente en el seno

del procedimiento conocido como «caso Gürtel». Sin embargo ello ha quedado vacío de contenido desde el momento en que el T.S.J. de Madrid ya se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión. En cualquier caso, la decisión de fondo (a saber, la nulidad de aquellas actuaciones) que implícitamente pretende unir la defensa a esta petición, no es competencia, en este trance procesal, de la Sala Segunda del T.S. pues forma parte de la decisión que en su caso adopte el órgano judicialmente competente para el esclarecimiento de los hechos, *ex art. 11.1 L.O.P.J.*.

La segunda incide en la propia recurribilidad del Auto del T.S.J. valenciano, al no encajar dicha resolución judicial -según las defensas de los Sres. Camps, Campos y Betoret- entre las susceptibles de impugnación casacional, *ex art. 848 LECrim*. Tampoco esta alegación puede tener acogida, pues la resolución combatida se encuentra entre aquéllas susceptibles de recurso de casación: se trata de un Auto dictado en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia, tal y como preceptúa el art. 848 LECrim, resolución que, a mayor abundamiento, vino a decidir sobre el objeto del proceso con carácter «definitivo», pues mediante ella el órgano de procedencia acordó el sobreseimiento libre de las actuaciones, al amparo del art. 637.2º LECrim, por entender que los hechos sumariales no son constitutivos de delito.

Centran las defensas esta impugnación formal, que a su entender habría tenido que conllevar la inadmisión de plano de los recursos, en que tal resolución incumpliría el presupuesto del último inciso del art. 848.2 LECrim, a saber, que *"alguien se hallare procesado como culpable de los mismos"*. No obstante, una simple lectura del Auto combatido evidencia la concurrencia del mentado requisito, al haber recaído imputación judicial equivalente al procesamiento. El T.S.J. valenciano hace suyos, en primer lugar, cuantos elementos fácticos quedaron a su vez delimitados por el Auto del que proviene su decisión en grado de apelación (vid. antecedente de hecho 4º), asunción que además reconoce expresamente la Sala "a quo" en el F.J. 6º, cuando bajo la rúbrica «*síntesis de los hechos*» incorpora por remisión el pormenorizado catálogo fáctico -según sus propias palabras- delimitado por el Magistrado- Instructor en el apartado 6º de los antecedentes de hecho de su resolución. Asume, igualmente, el conjunto de personas sobre las que habría de girar la imputación y, finalmente, se ajusta al marco jurídico perfilado por el Instructor, si bien para apartarse aquí de su criterio de indiciaria

tipicidad de los hechos. El Auto de instrucción, acogido en su estructura general por el T.S.J. en la resolución ahora combatida, no quedó circunscrito a la acomodación del tipo de procedimiento hasta entonces seguido (a saber, diligencias previas/procedimiento abreviado) a los trámites de procedimiento ante el Tribunal del Jurado, al resultar de lo investigado la presunta comisión de un ilícito de los atribuidos a su control [art. 1.1.b) y 1.2.g) L.O.T.J.], sino que al propio tiempo fijó con todo detalle los hechos justiciables, el precepto sustantivo en el que pudieran incardinarse y las personas que, en línea de principio, habrían de resultar penalmente responsables de los mismos, en total equivalencia a los presupuestos exigibles para el procesamiento.

Ninguna duda cabe tampoco de la impugnabilidad casacional del Auto combatido desde la perspectiva del órgano judicial competente para el enjuiciamiento, en su caso, de estos hechos, pues, al acordar el Instructor la prosecución de las actuaciones bajo el amparo de la L.O.T.J. un hipotético enjuiciamiento de los hechos necesariamente habría de moverse en el ámbito de un jurado popular, cuyo veredicto se emitiría bien en el seno del propio T.S.J., dada la condición de aforados de algunos de los implicados, bien en el ámbito de una Audiencia Provincial, de desaparecer aquella condición, pero en cualquier caso la eventual resolución que recayere estaría sometida al régimen de recursos que admite el acceso a la casación como última instancia [art. 847.a) LECrim].

Por último, debemos señalar cómo la L.O.T.J. prevé que el Instructor convoque a las partes a la comparecencia del art. 25 L.O.T.J. la cual precisamente marca el traslado a aquéllas de la imputación, según su propia rúbrica. Con ello tampoco se verían cercenadas las posibilidades de las partes de interesar nuevas diligencias de prueba, como objetan las acusaciones en algunos de los motivos de sus respectivos recursos, pues expresamente admite tal posibilidad el citado precepto en su último inciso, tras lo cual habría de pronunciarse de nuevo el Instructor, ahora ya sobre la continuación o el sobreseimiento del procedimiento (art. 26 L.O.T.J. y, en su caso, sobre las diligencias de investigación que le solicitasen las partes (art. 27 L.O.T.J)

En definitiva, la decisión de la Sala "*a quo*" aquí cuestionada es perfectamente susceptible de revisión casacional.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal y la acusación popular formalizan el primer motivo de casación por infracción de ley ex artículo 849.1 LECrim., para denunciar la indebida inaplicación del artículo 426 C.P.. Considera el Fiscal que yerra el T.S.J. en la interpretación dada al precepto sustantivo, concretamente, al exigir una relación de causalidad entre la dádiva y la concreta ejecución de un acto en el ejercicio de la función pública. Estima el Ministerio Público que en el artículo 426 C.P. se tipifican dos conductas diferenciadas y excluyentes entre sí, por cuanto se emplea la conjunción disyuntiva "o" para separar ambas conductas, de forma que la interpretación del T.S.J. implicaría prescindir sin más de la primera alternativa, citando en apoyo de esta tesis diversas resoluciones de este Tribunal de Casación. Pone igualmente de relieve que el delito investigado tiene naturaleza de peligro abstracto y no de resultado, por lo que no es necesaria la realización de acto alguno por parte del receptor para que el delito exista. También sostiene que las citas jurisprudenciales mencionadas en el Auto recurrido no se ajustan al caso enjuiciado. Por último, discrepa el Ministerio Fiscal del archivo relacionado con Costa Climent en la medida que no sólo forma parte del Partido, sino que también ostenta cargo público como miembro del Parlamento Valenciano, sin que el artículo 426 citado diferencie la pertenencia al Poder Ejecutivo o al Legislativo.

En similares términos se pronuncia la acusación popular, para la cual tampoco la jurisprudencia de esta Sala exige tal conexión causal, pues estamos ante un delito de peligro abstracto, y no de resultado lesivo, por lo que el T.S.J. incurre en cierta confusión al entremezclar ambas cláusulas del art. 426 CP, dejando vacía de contenido la premisa primera ("*...en consideración a su función...*"), que en verdad no exige una determinada contraprestación, no obstante reconocer la resolución judicial combatida que los regalos estaban dirigidos al «agasajo» de los receptores "*obviamente para poder contar con su gratitud o con su favor*" (sic). Se citan a tal fin diversas sentencias de esta Sala, en línea con lo expuesto por el Ministerio Fiscal, llegando los recurrentes a la coincidente conclusión de que las citas jurisprudenciales en las que se basa el T.S.J. en realidad no son aplicables al caso, o bien no dicen lo que parece atribuirles el órgano "*a quo*".

Se trata de un motivo por infracción de ley, único que autoriza el artículo 848 LECrim., como ya hemos subrayado anteriormente, y por ello debe estarse a la intangibilidad de los hechos, en este

caso del conjunto de datos indiciarios del que parte el Tribunal de instancia y que aparecen consignados en el antecedente de hecho cuarto del Auto recurrido, datos que han sido confirmados por el propio Tribunal cuando desestima todos los motivos formulados en relación a la falta de acreditación de los hechos consignados en la resolución que fue recurrida ante el mismo precedente del Magistrado-Instructor.

TERCERO.- La Sala de instancia no cuestiona *"la potencialidad de que la entrega de prendas de vestir pueda considerarse dádiva a efectos del delito de cohecho impropio"*. Sin embargo, alcanza su conclusión de la atipicidad de la conducta de los recurridos en base a una delimitación propia del elemento causal consistente en la *"... consideración a su función ..."*, que aúna el legislador a la admisión de la *"... dádiva o regalo que le fueron ofrecidos"* a la autoridad o funcionario público que recibe aquéllos. Tras admitir la doble modalidad típica acogida en el artículo 426 C.P., argumenta 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"*, de forma *"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"*. A esta argumentación cabe oponer serias objeciones siguiendo el mismo hilo de las razones aducidas en el fundamento de derecho décimo del Auto recurrido.

En primer lugar, desde la perspectiva histórico-legislativa, no tiene el alcance pretendido en el Auto la sustitución de *"oficio"* por *"función"* de la L.O. 9/91, que modificó el viejo artículo 390 C.P. 1973, precisamente lo que permite es alcanzar una interpretación más amplia de este elemento normativo, y añadir el sustantivo *"dádiva"* al de *"regalo"* no deja de ser una redundancia que subraya también la voluntad ampliatoria del Legislador del radio de acción del tipo penal analizado. Función, en su acepción más propia al caso, significa capacidad de acción o acción propia de los cargos u oficios (acepción segunda DRAE), y oficio, ocupación habitual o cargo, por lo que el primero no hace mención a una competencia concreta de la autoridad o funcionario, como parece deducir el Auto, relacionándola directamente con *"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" (sic), de forma que esta disquisición está fuera del contexto típico.

En segundo lugar, la interpretación que subordina la conducta típica a los actos propios de la competencia de la autoridad o funcionario "*in concreto*", a lo que conduce en realidad es a vaciar de contenido, al menos, la primera de las modalidades del cohecho impropio tipificado en el artículo 426 C.P., separándose además de la doctrina de este Tribunal de Casación. Es más, esta interpretación prácticamente haría desaparecer el cohecho impropio, saltando desde el cohecho propio del artículo 425 C.P. a la atipicidad de la conducta cuando no se tratase de "*realizar un acto propio de su cargo*". La segunda modalidad del artículo 426 C.P. -"*acto no prohibido legalmente*"- parece referirse a actos realizados por el funcionario que no pertenezcan en sentido estricto al ámbito de su función. No es este el alcance del artículo citado en último lugar definido por la Jurisprudencia del Tribunal de Casación. Entre las sentencias más recientes, la 362/08, con expresa cita de la precedente 30/1994, precisa que "*el término <<en consideración a su función>> debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial condición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecida la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquél*", lo que es cualitativamente distinto que el ofrecimiento que tiene como finalidad la realización de un acto propio del cargo, que precisa al menos la definición del contenido del acto que se pretende, lo que da lugar a los cohechos propiamente dichos.

CUARTO.- En apoyo de su pronunciamiento, equivalente desde el punto de vista procesal al dictado de una sentencia absolutoria, cita el T.S.J. una serie de resoluciones de esta Sala de Casación. Pero lo cierto es que, como apuntan ambas acusaciones recurrentes, ninguna de ellas sirve de verdadero sustento a la decisión de instancia. Vamos a examinar brevemente el alcance de las sentencias dictadas.

De los AATS 7784/2007, de 1 de junio, y 12929/2007, de 27 de septiembre (causa especial nº 20637/2006), el primero de ellos rechazó «a limine» la querrela presentada contra la Presidenta

del Tribunal Constitucional, viniendo el segundo a desestimar el posterior recurso de súplica contra el anterior. Los hechos se ceñían en este caso a la aceptación de un premio por importe de 30.000 euros, habiendo procedido esta Sala a acordar el archivo de plano de la querrela al haber constancia de que tal dádiva, ofrecida públicamente por la entidad convocante y recibida de igual modo por la beneficiaria, de ningún modo guardaba relación con la función pública referida, siendo así que de forma patente constituía, única y exclusivamente, un homenaje a su previa trayectoria académica y profesional, desvinculada así de su condición pública como miembro del T.C. Tales elementos hacen que dicho supuesto no guarde similitud alguna con el aquí examinado, en el que, como afirman las acusaciones recurrentes, los regalos de las prendas de vestir aparentemente se hicieron de forma repetida, con aparente opacidad y sin que en este momento conste otra justificación que la atención a la función pública desempeñada por sus perceptores.

El ATS de 02/02/2009, también mencionado por el T.S.J. dictado en la causa especial nº 20296/2008, tampoco resulta aplicable al caso: en el mismo se acordó la inadmisión a trámite de la querrela presentada contra un magistrado por presuntos delitos de cohecho del art. 426 CP y de prevaricación del art. 446.3º CP. La Sala Segunda rechazó que, según la documentación hasta entonces obtenida, existieran indicios suficientes de que el patronazgo por una entidad bancaria de las actividades docentes del magistrado en el extranjero estuviera vinculado a cualquier tipo de comportamiento del aforado en su condición de titular de un Juzgado Central de Instrucción. El mentado Auto de 02/02/2009, por ello, ninguna similitud guarda con el caso examinado, no sólo desde el punto de vista fáctico, sino tampoco desde el jurídico, pues se limita a transcribir lo a su vez afirmado por la STS 102/2009, que no hace otra cosa que confirmar una interpretación del artículo 426 C.P., que separa ambos incisos del precepto, siendo éste el entendimiento común de esta Sala de Casación, conforme al cual en el cohecho pasivo impropio se distinguen dos conductas diferentes, cuales son la entrega de la dádiva "*en consideración a la función*" y la entrega dirigida a conseguir del mismo la ejecución de "*un acto no prohibido legalmente*", como ya hemos señalado más arriba.

Siguiendo con nuestro análisis jurisprudencial, la aislada referencia a la STS 923/2009, de 3 de febrero, que contiene el Auto combatido debe entenderse como un simple error, pues ninguna resolución de esta Sala cuenta con dicha referencia, y

más parece que quiera referirse, por su fecha, a la STS 102/2009 a la que acabamos de referirnos, que centra su análisis doctrinal en la modalidad típica del art. 419 CP para limitarse a excluir la aplicación del art. 426 CP por no concurrir sus caracteres desde la óptica del hecho probado. Tampoco resulta, pues, ejemplificadora como resolución que hubiere de exigir ese rasgo finalístico a la entrega de la dádiva para la ejecución de un acto no prohibido sobre el que gira la decisión del T.S.J..

En cuanto a la STS 362/2008, asimismo citada, reproduce la doctrina ya vista, que a su vez es trasunto de la STS 30/1994, la cual simplemente vincula la entrega de la dádiva a la especial posición y poder que dimana del cargo público desempeñado por el receptor, lo que efectivamente parece ser traducible al caso de autos.

Tampoco la STS 2115/1993, dictada en el ámbito del anterior Código Penal, abona la tesis de causalidad defendida por el órgano de instancia, pues el entonces artículo 390 -al igual que el actual art. 426- distinguía disyuntivamente entre la aceptación de regalos por el funcionario público *"en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido"*, y en este sentido se pronuncia dicha sentencia al afirmar que *"(...) el tipo del artículo 390 se circunscribe a la admisión de regalos, bien en consideración a su oficio, o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido. Deben comprenderse en él no sólo los ofrecidos en atención a las cualidades que definen el correspondiente oficio, sino también en los supuestos en que los regalos fueron presentados en atención a actuaciones que el funcionario haya llevado a cabo o pueda realizar en el futuro"*, de modo que en el cohecho pasivo impropio la entrega del regalo *"(...) se realiza para conseguir un acto, tanto si dicho acto lo ha de realizar el funcionario a quien se efectúa la entrega, como si ha de llevarlo a cabo otro funcionario"*.

Restan por analizar las SSTS 378/1995 y 709/1994, asimismo reflejadas en el Auto recurrido. En relación con la primera, de nuevo estamos ante diferentes supuestos fácticos, vinculado este caso además a la anterior redacción del cohecho pasivo impropio: en dicha resolución se confirma la condena de un funcionario que sugirió a un tercero la confección y entrega de una dádiva, consistente en un abrigo de piel para su esposa sin ningún coste para el autor, lo que fue aceptado por dicho tercero *"por creer que, de no hacerlo así, no le serían concedidos en lo*

sucesivo nuevos cursos de formación subvencionados por el INEM", competencia que tenía atribuida el receptor del regalo en cuestión; es evidente que tal conducta delictiva ninguna relación guarda con la modalidad de cohecho aquí examinada, en la que los beneficiarios de las dádivas no serían los promotores de su solicitud y no habría conexión alguna con la realización de actos concretos. A igual conclusión nos lleva el estudio de la STS 709/1994, que analiza un cohecho continuado del entonces art. 386 CP, precepto que tampoco tiene ninguna vinculación con el que es objeto de autos y, en todo caso, habría de tenerla con el actual art. 420 CP, pues aquel precepto sustantivo requería la solicitud, aceptación o promesa por el funcionario público, por sí o por persona intermedia, de dádiva o presente "*por ejecutar un acto injusto relativo al ejercido de su cargo, que no constituya delito, y que efectivamente lo ejecutare*", es decir, la comisión de un acto injusto mediante la entrega o recepción de dádiva o promesa, realizado por persona que ostente la condición de funcionario público y, además, que dicho acto guardara relación con el ejercicio del cargo desempeñado, esto es, una actividad situada dentro del marco de las competencias legales o reglamentarias inherentes a la función pública.

La jurisprudencia citada no abona, por lo tanto, la relación causal defendida por la Sala de lo Civil y Penal, sino -más bien al contrario- que para el cohecho pasivo impropio basta con la aceptación de un regalo entregado en consideración a la función o cargo desempeñado.

QUINTO.- De lo anterior tampoco se desprende que deba seguirse "*una valoración automática o genérica de la concurrencia de dicha relación de causalidad*", como bien afirma el Auto recurrido (apartado sexto del fundamento décimo). En efecto, nuestra Jurisprudencia, ha exigido como elemento del cohecho pasivo impropio una conexión causal entre la entrega de la dádiva o regalo y la función pública de la autoridad o funcionario, de forma que la única explicación plausible del regalo o dádiva sea la condición de tal del sujeto. De esta forma deben descartarse desde luego aquellas consideraciones que no sean las propias de la función en el sentido expresado más arriba. Pero no debe excluirse del nexo causal la función que se integra dentro del círculo de influencia que puede desplegar potencialmente el titular de aquella por razón de la misma, es decir, la integración en un órgano de gobierno donde existen múltiples funciones y competencias interrelacionadas o interdependientes que están sujetas

evidentemente al rango y posición en el propio órgano de las autoridades o funcionarios sujetos pasivos de la dádiva o regalo. No podemos olvidar cual es el bien jurídico protegido por el delito de cohecho en general, que no es otro que preservar la apariencia de imparcialidad, neutralidad y sujeción a la ley en el ejercicio de la función, es decir, que objetivamente no sea susceptible de reproche el modo o forma de ejercer las funciones públicas con arreglo a la norma cultural vigente en una sociedad regida por las reglas del estado de derecho. Cuestión distinta es la cuantía, proporcionalidad o dimensión de la dádiva o regalo y su adecuación a los usos sociales, criterio que debe servir de medida para corregir desproporciones evidentes. Sin embargo, partiendo de los hechos indiciarios constatados, la Sala de instancia en este momento procesal no ha cuestionado *"la potencialidad de que la entrega de prendas de vestir pueda considerarse dádiva a efectos del delito de cohecho impropio"*, cuestión de la que el Auto no se ocupa especialmente.

La precedente doctrina es aplicable a los Sres. Camps Ortíz, Campos Guinot y Betoret Parreño, teniendo en cuenta las funciones respectivamente desempeñadas por ellos en el Gobierno autonómico, como Presidente de la Generalidad valenciana, ex Vicepresidente del Consell de la Generalidad valenciana y ex Jefe de Gabinete de la Consellería de Turismo de la Generalidad valenciana.

SEXTO.- Queda por resolver, siguiendo el recurso del Ministerio Fiscal, si el sobreseimiento dictado en relación al Sr. Costa Climent es o no ajustado a la doctrina precedente. El Tribunal excluye de principio la tipicidad de su conducta por cuanto *"no ha desempeñado cargo alguno dentro del esquema de organización del Gobierno de la Generalidad Valenciana"*, siendo desde 1995 miembro de las Cortes valencianas. Ahora bien, dicho señor *"sí ha sido y es, bien Vicesecretario General, bien Secretario General del Partido Popular de la Comunidad Valenciana"*, lo cual no supone el ejercicio de una función pública con independencia de que ello tenga interés público, pero no podemos apartarnos del principio de taxatividad en la aplicación de la norma penal. Ello quiere decir que el nexo de causalidad debe establecerse en relación con su función como Diputado de las Cortes valencianas. Sin embargo, ello ha suscitado dudas razonables al Tribunal y si tenemos en cuenta el criterio objetivo del círculo de influencia donde se asienta su posición, no es una alternativa irrazonable la acogida por el Tribunal Superior, que sea su cargo en el Partido la

consideración de los donantes, y no su condición de Diputado, por lo que el sobreseimiento no tendría que ser en principio descartable, si bien el provisional. Ahora bien, no podemos desconocer que como efecto del error de subsunción que acogemos -excluir de raíz la posible tipicidad del artículo 426 C.P.- teniendo en cuenta el estado procesal de la causa en el momento de la interposición del recurso de apelación, debe devolverse al Magistrado-Instructor que aún podía practicar nuevas diligencias (artículo 25 y 27 L.O.T.J. de forma que deberá ser el mismo el llamado en primer lugar a decidir esta cuestión.

Por todo ello, el motivo por infracción de ley de ambas acusaciones debe ser estimado.

SÉPTIMO.- La estimación de los motivos precedentes convierte en innecesario el estudio de las restantes quejas articuladas por las acusaciones, al resultar de lo anterior la retroacción de las actuaciones al momento en el que se suspendieron, es decir, en el punto en el que el Magistrado-Instructor acordó la prosecución del procedimiento por los trámites del juicio ante el Tribunal del jurado, convocando al propio tiempo a las partes a la comparecencia prevista en el art. 25 L.O.T.J..

OCTAVO.- En materia de costas, procede acordar su declaración de oficio, incluyendo tanto las devengadas por el recurso formalizado por Ministerio Fiscal como por la acusación popular.

III. FALLO

-

-

Debemos declarar haber lugar a los recursos de casación, con estimación del primero de los motivos por infracción de ley, dirigidos por el Ministerio Fiscal y por la Acusación Popular frente al Auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia en fecha

01/08/09, en la causa correspondiente al rollo penal n° 10/09, casando y anulando parcialmente el mismo en lo atinente al sobreseimiento libre de las actuaciones declarado en el apartado 5° de su parte dispositiva, con reenvío de las mismas al Magistrado-Instructor de la causa para que continúe su tramitación en la forma legalmente procedente, con declaración de oficio de las costas de ambos recursos

Comuníquese esta resolución a las partes y póngase en conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de procedencia a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo.Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.