

# Auto Tribunal Supremo Sala 2ª 28/09/2018

Tribunal Supremo Sala 2ª, 28-09-2018 , nº 20761/2018, rec.,

Pte: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel

ECLI: ES:TS:2018:9688A

## ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 8 de agosto pasado se recibió en el Registro General de este Tribunal Exposición Razonada y testimonio íntegro de la Pieza Separada C que eleva el Juzgado de Instrucción núm. 51 de Madrid, relativa a las Diligencias previas 886/2018 incoadas por presunto delito de prevaricación administrativa y cohecho impropio en virtud de denuncia formulada por ACAIP Y SINDICATO ACAIP Y OTROS contra Don Marcos que ostenta la condición de Diputado en la actual Legislatura, conforme consta acreditado en autos.-

Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/ 20761/2018 por providencia de 5 de septiembre se acordó formar Sala de cinco Magistrados de conformidad con lo preceptuado en el art. 198 de la LOPJ y las vigentes normas de reparto de esta Sala aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.- Se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Miguel Colmenero Menendez de Luarca. Se tuvo por presentado por la Procuradora Sra. Sánchez-Vera Gómez Trelles, en nombre y representación de Don Marcos , escrito de alegaciones a la difusión en los medios de comunicación de la remisión a esta Sala de la Exposición Razonada elevada por el Juzgado de Instrucción núm. 51 de Madrid y se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la querella formulada.

El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 21 de septiembre de 2018 en el que dice que, a la vista del carácter de la persona afectada, D. Marcos como miembro del Congreso de los Diputados en la actual Legislatura, y del contenido del art. 57.1.2º de la LOPJ , la competencia para el conocimiento del procedimiento corresponde a esa Sala e interesando el archivo de las actuaciones abiertas a partir de la exposición razonada recibida en esta Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

La presente causa especial se inició como consecuencia de exposición razonada elevada a esta Sala por la Magistrada Juez del Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid, al apreciar indicios de actuación relevante penalmente por parte de Marcos , aforado ante esta Sala por su condición de Diputado del Congreso en la presente legislatura.

Dirigida la querella contra una persona cuya condición de Diputado ha sido acreditada documentalmente, resulta competente esta Sala.

En los casos en los que se ha incoado una causa penal por los órganos ordinarios de la jurisdicción penal en averiguación de hechos que pudieran resultar constitutivos de delito, la apertura de diligencias penales por parte de esta Sala contra personas aforadas solamente resulta procedente cuando se aprecie la existencia de indicios de criminalidad basados en un principio de prueba suficiente, sin perjuicio de que el resultado de la tramitación de la causa ante el Juez de Instrucción pudiera determinar otra decisión en el futuro.

En la exposición razonada elevada a esta Sala se considera, indiciaria y provisionalmente, que se ha cometido un delito de prevaricación administrativa por los responsables del Master oficial en Derecho Autonómico y Local de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (URJC), que se impartía por el Instituto de Derecho Público, del que era Director, imputado en las Diligencias seguidas en el Juzgado de Instrucción.

Se considera igualmente que uno de los alumnos del referido master en el curso 2008-2009 era el aforado Marcos, Diputado en el Congreso en la presente legislatura. Su responsabilidad penal derivaría de su cooperación a la prevaricación, ya que se matriculó en el referido master obteniendo el aprobado e incluso el título sin haber acreditado mérito académico alguno, ya que, se dice, se le reconocieron o convalidaron 40 créditos de los 60 que exigía el master, lo que no ocurrió con la mayoría de los alumnos, y no consta que hubiera asistido a clase ni que hubiera aportado trabajos en relación con los 20 créditos restantes, a pesar de lo cual fue calificado con sobresaliente. La aceptación del título constituiría, a su vez, un delito de cohecho impropio.

1. El artículo 404 del Código Penal (CP) castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo. La jurisprudencia ha admitido de forma general la posibilidad de la participación en el delito de quienes no tengan la condición de autoridad o funcionario público, ( artículo 65.3 CP ).

La cooperación necesaria tiene lugar cuando el sujeto coopera a la ejecución de un delito con un acto sin el cual no se habría ejecutado. La jurisprudencia viene exigiendo, de un lado, un concierto de voluntades con el autor, que puede ser previo o, cuando menos, simultáneo al acto prevaricador. En segundo lugar, una aportación esencial a la ejecución, que generalmente se produce en la fase de preparación, pues cuando tiene lugar en la ejecución se suele considerar a quien la aporta como un coautor. Aun en estos casos, en los delitos especiales, debido a las condiciones exigidas en el autor, esa aportación se considera constitutiva de cooperación necesaria. En tercer lugar, el cooperador debe actuar con un doble dolo: conoce el plan del autor y sabe que con su aportación coopera a su éxito.

2. En la exposición razonada se consideran indicios de la participación del aforado en el presunto delito de prevaricación los siguientes: se matricula en el master y paga las tasas; aporta su expediente académico; solicita el reconocimiento de créditos, y acepta el título y lo utiliza. Mas adelante, en la misma exposición se añade el reconocimiento de 40 créditos; la inasistencia a las clases, y la calificación de las cuatro asignaturas sin rastro documental de la aportación de trabajos.

El hecho de que el aforado se matriculara en el master, aportara la documentación necesaria, entre ella su expediente académico y pagara la matrícula, son actos neutrales que fueron ejecutados de la misma forma por todos los alumnos y que, en sí mismos, carecen de sentido delictivo. La doctrina reciente estima que estos actos son comportamientos cotidianos, socialmente adecuados, que por regla general no son típicos. Con esta doctrina se plantea la exigencia de que toda acción típica represente, con independencia de su resultado, un peligro socialmente inadecuado. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social profesional del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un aumento del riesgo, etc. ( STS nº 34/2007, de 1 de febrero y las que en ella se citan).

En el caso, el hecho de matricularse, aportar la documentación y pagar la matrícula son elementos fácticos que solo demuestran que el aforado se inscribió en el master, pero de ello no resultan indicios de un acuerdo previo, ni tampoco significan una aportación relevante, distinta de la que hicieron los demás alumnos. Es claro que la

decisión posterior ya no dependía de él, sino de los responsables del master.

El reconocimiento de 40 créditos se reconoce en la exposición razonada que era lícito, por lo que no puede ser indicativo de la comisión de una conducta delictiva. Es cierto que otros alumnos no lo solicitaron, lo cual puede deberse a un, cuando menos, irregular comportamiento de los responsables del master, pero no supone responsabilidad penal alguna por parte del aforado.

En cuanto al uso del título, se trataría, en todo caso, de un hecho posterior a la consumación del delito de prevaricación y, por lo tanto, irrelevante penalmente, bien se cometa ésta al calificar las asignaturas con sobresaliente sin mérito académico alguno o bien se entiende que se cometa al expedir el título, con la misma carencia de merecimientos.

En lo que se refiere a la inexistencia a clase, puesta en relación con el aprobado posterior, tampoco es indicativa de un acuerdo previo. La importancia es relativa, pues en la exposición razonada se reconoce que no se pasaba lista y que, concretamente, en una asignatura puntuaba solo con un 10%. Es cierto que no consta que se cumplieran con el otro 90 %. Pero, al igual que ocurre con la inexistencia de datos que avalen la presentación de trabajos que sustituyeran otros méritos inexistentes, son actuaciones imputables al responsable de su valoración, sin que el hecho de que el alumno se beneficie indique de forma suficientemente consistente que ha existido un previo acuerdo ilegítimo con el profesor.

Por lo tanto, aunque pueda considerarse que de las actuaciones resultan indicios de que se ha dispensado un trato de favor al aforado, y que ello pudiera merecer otro tipo de consideraciones ajenas al Derecho Penal y, por lo tanto, a la competencias que la Constitución y la Ley atribuyen a esta Sala, de la exposición razonada no resultan indicios consistentes de que existiera un acuerdo previo o simultáneo del aforado con los responsables del master para que tal trato le fuera dispensado, ni tampoco que el aforado haya realizado algún acto de aportación relevante al mismo que pueda valorarse como cooperación necesaria, u otra participación de menor intensidad, a un presunto delito de prevaricación, por lo que no se justifica la apertura de una causa penal.

3. En cuanto al delito de cohecho impropio el artículo 426 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función. La jurisprudencia ha exigido como elementos del tipo: a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; b) la aceptación por éste de dádivas o regalos; c) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario. ( STS nº 362/2008 ). Aunque en esta modalidad no es elemento del tipo que la dádiva se entregue para conseguir la ejecución de acto alguno, la jurisprudencia ha entendido que el tipo protege igualmente la integridad de la función pública, que entiende puesta en riesgo si el funcionario recibe dádiva en atención a su cargo, pues pudieran existir entonces razones objetivas para pensar que sus actuaciones futuras en relación con quien realiza el regalo no se regirían solo por el imperio de la ley, rectamente interpretada y aplicada, lo que implicaría la existencia de corrupción.

La valoración de los hechos debe realizarse en relación con la posición del aforado en el momento de su ejecución, cuando era Diputado de la Asamblea de Madrid, por lo que deberá existir alguna vinculación apreciable entre el regalo que se dice recibido en la exposición razonada y su función como tal Diputado. Se dice también que era Presidente de Nuevas Generaciones del Partido Popular, pero ello no implica la condición de autoridad o funcionario público.

En cualquier caso, como se argumenta en la exposición razonada y señala el Ministerio Fiscal, solo podría considerarse que este delito no ha prescrito si se entiende que concurre junto con el delito de prevaricación, de manera que, excluida la consistencia de los indicios respecto de la comisión de este último, no es necesario el examen del mismo.

## **FALLO**

LA SALA ACUERDA:

1º. Declararse competente para el conocimiento de los hechos referidos a la persona aforada en la exposición razonada elevada ante esta Sala.

2º. Acordar el archivo de las actuaciones al no apreciarse la existencia de indicios consistentes de la participación delictiva del aforado en los hechos investigados.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

Manuel Marchena Gomez Miguel Colmenero Menendez de Luarca Francisco Monterde Ferrer

Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde