



JUZGADO DE INSTRUCCION N° 7  
LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

CALLE CRISTÓBAL COLON

Teléfono: 928325117 Fax: 928313451

DILIGENCIAS PREVIAS PROC. ABREVIADO 4841 /1998 1998

Plazo de presentación de escasas 35016 2 0706016 /2000

Procurador/a:

Abogado:

Representado:

A U T O

En LAS PALMAS DE GRAN CANARIA a dieciocho de Julio de  
dos mil.

HECHOS

PRIMERO.- En fecha 10 de septiembre de 1998, por la Procuradora de los Tribunales MARIA JESUS RIVERO HERRERA, Procuradora en nombre y representación del partido político NUEVA IZQUIERDA CANARIA, según poder otorgado por D. Luis Esteban Páez González, en su calidad de coordinador regional de Páez González, se interpuso querella criminal, por un presunto aquél, se interpuso querella criminal, por un presunto delito de prevaricación y tráfico de influencias contra Juan Carlos Pérez Moreno, Andrés Hernández Sánchez, Ángel López Torne, Javier Manubens Tocabana, José Francisco Duque Toledo, Enrique Castaño Casela, Francisco Rodríguez Millán y José Julián Izturiz Pérez.

SEGUNDO.- Dado traslado al Ministerio Fiscal, interesó la inadmisión a trámite del escrito de querella, por no reunir ésta los requisitos necesarios y no apreciarse indicios racionales de criminalidad; dictándose auto por este juzgado, decretando la inadmisión de la querella.

TERCERO.- Contra el auto de inadmisión se interpuso, en tiempo y forma, recurso de reforma y subsidiario de apelación por la querellante. Dado el traslado correspondiente, el Ministerio Fiscal informa solicitando la denegación del recurso de reforma, y se dicta auto inadmitiendo dicho recurso y teniendo por interpuesto el recurso de apelación.

CUARTO.- Elevados los autos a la Sección segunda de la Audiencia Provincial para la resolución del recurso últmo. Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación, estimó el mismo y dispuso la admisión de la querella y la declaración de los querellados y demás diligencias derivadas, en su caso, del resultado de aquéllas, con la adopción luego de la decisión que proceda, debidamente motivada.

QUINTO.- En cumplimiento de lo dispuesto fueron oídos en declaración los ocho querellados, con el resultado que obra en autos.





Sin que por la querellante se haya solicitado la práctica de otras diligencias de instrucción.

SEXTO.- En fecha 23-6-00 se presentó escrito por la procuradora SILVIA MARRERO AGUÍTA, en nombre de D. Luis Pareja González, personándose en la causa, en calidad de acción popular.

#### RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Una vez practicadas las diligencias de instrucción a que hacia referencia la sección segunda de la Excmo. Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que son, en concreto, la declaración de todos y cada uno de los ocho querellados, con el resultado que obra en autos, entendemos que procede examinar, nuevamente, si los hechos relatados en el escrito de querella, y que dieron lugar a la incoación de las presentes acusaciones, son o no subsumibles en los tipos penales del delito de prevaricación, previsto y penado en el art. 404 del Código Penal; y el delito de tráfico de influencias, previsto y penado en el art. 429 del mismo texto legal.

SEGUNDO.- Principiando con el delito de prevaricación, principal imputación a que se enfrentan los querellados, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, creada en torno de la aplicación del art. 358 del Código Penal de 1973, venía exigiendo, de manera reiterada y unánime, la concurrencia de, entre otros, dos requisitos esenciales:

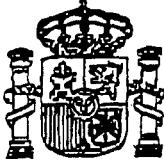
A.- Un presupuesto objetivo: consistente en la injusticia de la resolución administrativa discutida, ya por falta absoluta de competencia del imputado, por incobservancia de las más elementales normas de procedimiento, o por el grave torcimiento del derecho en el contenido de aquella resolución.

B.- Un presupuesto subjetivo: consistente en la necesidad de la presencia de un dolo directo en la actuación del sujeto activo, esto es, que la resolución injusta se dictase "a sabiendas", lo que comprendía la conciencia y voluntad del acto y su injusticia.

El nuevo Código Penal de 1995, en su artículo 404, que regula el delito de prevaricación cometido por autoridad o funcionario público, pone precisamente el acento en el requisito normativo anteriormente señalado, el cual refuerza, al asociar la injusticia de la resolución con su arbitrariedad, lo que supone un plus añadido de antijuricidad, que trasciende de la noción de simple ilegalidad, pues el término arbitraría, predicado de la resolución, equivale de suyo a proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho, y sinónimo de ilegal, injusto, antojadizo o infundado.

La innovación de la arbitrariedad implica que la ilegalidad de la resolución administrativa conflictiva sea evidente, flagrante y clamorosa, de tal modo que la adopción del acto administrativo se contradiga con los mínimos esenciales del funcionamiento de la administración.





No basta la simple irregularidad administrativa o la discordancia interpretativa de las normas para imponer una resolución; tiene que haber un ataque a la legalidad que revista especial envergadura, un desprecio absoluto y soez del correcto actuar administrativo.

TERCERO.- EL PRINCIPIO DE ACTIVIDAD MINIMA del "ius puniendo" tiene expresión cabal en el delito de prevaricación, según ha reiterado la jurisprudencia, declarando la STS 05-04-1991 que ello se traduce en que la ilegalidad de la resolución deba ser patente, notoria e incuestionable y que solo hay que recurrir al ordenamiento punitivo cuando en los otros ordenamientos jurídicos no existan remedios idóneos para corregir el error en que ha incurrido el órgano administrativo.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 26-02-1992, si se nos presenta alguna duda razonable de que la resolución sea manifiestamente injusta, desaparece el aspecto penal de la infracción para quedar reducida a una mera ilegalidad a depurar en otra vía.

Como sea que el control de los actos administrativos, corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa, es ante los órganos de dicha jurisdicción donde debe plantearse toda problemática exenta de relevancia penal, ya que el derecho administrativo establece toda una serie de mecanismos perfectamente adecuados para que pueda ejercerse debidamente ésta fiscalización, sin necesidad de acudir al derecho penal para tutelar los eventuales derechos vulnerados por la resolución administrativa.

CUARTO.- No compete a la jurisdicción penal valorar, en profundidad, la legitimidad formal y material de la adjudicación por parte de Gestión Sanitaria de Canarias, S.A., de la prestación del servicio de Transporte Sanitario de soporte vital avanzado aéreo, finalmente concedido a Aeromédica Canaria, S.L., pero sí es importante resaltar que los defectos existentes en la contratación del Servicio Público meritado, de existir, no son de una entidad y naturaleza tal como para subentraer en el concepto de arbitrariedad empleado por el tan traído artículo 404 del Código Penal.

De las declaraciones de los implicados y del examen del expediente de adjudicación no se infiere la ilegalidad patente y palmaria de la resolución administrativa y así viene a confirmarlo la propia Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias -que es la opinión más autorizada al respecto-, al resolver sobre la suspensión cautelar de la adjudicación del Servicio Aeromédica Canaria, S.L. en méritos del recurso contencioso administrativo número 1438/98, a instancia de Transportes Aéreos Sanitarios Isleños, S.A. (TASISA), anterior adjudicataria del servicio. La Sala deniega acceder a la suspensión de la ejecución del acto administrativo y literalmente en su razonamiento jurídico único mantiene que "de los motivos aducidos no resulta clara, ostensible y manifiesta la invocada nulidad absoluta y en todo caso, sería necesario el enjuiciamiento del fondo del asunto...".



No se puede, ni se debe, desconocer el alcance del juicio de legalidad efectuado por la Sala, por cuanto, pese a la provisionalidad del mismo, y ha que ésta no entra a conocer del fondo del asunto, ya de entrada excluye tajantemente una nulidad absoluta que pueda revestir un grado de intensidad tal que permita apreciarse en el momento procesal inicial.

Esto es tanto como decir que se excluye, en definitiva, la arbitrariedad de la resolución y su consiguiente tipificación delictiva, pasando a movernos en la esfera de la sola ilegalidad, o simple discordancia de la resolución con la reglamentación reguladora, y que no transforma automáticamente la actuación administrativa en constitutiva de infracción penal.

QUINTO.- Se plantea la cuestión de si la contratación del Servicio Público objeto de discusión es o no un acto administrativo.

A nadie se le escapa la trascendencia capital de la disputa sobre la naturaleza jurídica -si privada o administrativa- de la contratación del Servicio Público por Gestión Sanitaria Canaria, S.A. con Aeromédica Canaria, S.L., pues la viabilidad de la imputación penal por prevaricación del artículo 404 C.P. pasa necesariamente por la consideración de aquella como acto administrativo.

Se trata de una cuestión compleja, de ámbito jurídico, que, por definición, compete dirimir, precisamente, a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

En lo que aquí interesa, la actuación de Gestión Sanitaria de Canarias, S.A. para la selección del prestador del Servicio de Transporte Sanitario de soporte vital avanzado Aéreo mediante avión, se ajusta a los principios de publicidad y concurrencia, por lo que, en ningún caso hay una concurrencia grosera e intolerable de la normativa aplicable.

Ya avanzábamos que puede ser discutible, y de hecho lo es, si a la adjudicación del servicio que nos ocupa le es o no de aplicación el ordenamiento jurídico administrativo, a la vista del tenor del controvertido art. 155 número 2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece que no serán de aplicación las disposiciones del título II (del contrato de gestión de Servicios Públicos) a los supuestos, como el de Gestión Sanitaria Canaria S.A., en que la gestión del Servicio Público se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva o mayoritaria la participación de la Administración o de un ente público de la misma.

Pero, como decímos, lo que de verdad importa es que se cumplan, y entendemos que así ha sido, los requisitos procedimentales y sustantivos mínimos de la resolución administrativa, lo que sitúa extramuros del derecho penal la controversia de la adecuación de aquella a la legalidad vigente en la materia.

SEXTO.- Hacemos nuestras las consideraciones de la Sección 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, también sobre un asunto de presunta prevaricación del art. 404 del Código Penal, que en su fundamento primero, auto de fecha





03.09.1999, en méritos del recurso de apelación 20004/99, estima que el fenómeno de la judicialización de la vida pública española o huida hacia el derecho penal como primera y única instancia de resolución de conflictos originados en el ámbito de la función pública, provoca importantísimas disfunciones en nuestro sistema jurídico. Así, al margen de contribuir a la saturación de los órganos jurisdiccionales de lo penal, coloca a éstos como árbitros de disputas políticas o de problemas administrativos para los cuales no están destinados. Y en este sentido, también resulta de extraordinaria gravedad la elusión de los Tribunales Contenciosos Administrativos, pues ello conlleva una peligrosa situación de conflicto y desajuste entre ambos órganos jurisdiccionales.

SEPTIMO.- De otro lado, resulta sorprendente y llama poderosamente la atención que la presencia querella por la adjudicación del Servicio de Transporte Sanitario de Soporte Vital Avanzado Aeroce sea interpuesta por Nueva Izquierda Canaria y que ninguna de las empresas que se presentaron a la contratación del calendado servicio público

haya comparecido en la causa ejercitando la acción penal, sino que, a lo sumo, en el caso de TASISA, anterior prestadora del servicio, se haya interpuesto el correspondiente recurso Contencioso Administrativo.

No deja de parecerlo paradójico, cuanto menos, que los directamente interesados y supuestos perjudicados accúen su pretensión contra la adjudicación por la vía contenciosa y no por el cauce penal; y por tanto, ni siquiera se plantean que se haya podido cometer un delito por los querellados, o por otras personas; y por contra, sea un tercero, completamente ajeno a la adjudicación, quien insista, y persista, en la persecución penal.

En definitiva, ello se correlaciona, un dato más, con que las irregularidades administrativas, de calificarse como tales, no van más allá de su contradicción, más o menos radical, con el derecho, pero no contravienen la norma de un modo tan violento y manifiesto que requieran el uso coercitivo del derecho penal.

OCTAVO.- Pasando al delito del tráfico de influencias ex-artículo 429 del Código Penal, la imputación carece asimismo de todo fundamento.

Nos ratificamos, nuevamente, en que alegar el crecimiento espectacular de una determinada empresa -Aeromédica Canaria, S.L., en este caso-, o referirse a los lazos familiares que unen a uno de sus supuestos responsables -nunca concretado-, con un alto cargo regional del Servicio Canario de Salud -tampoco identificado-, no puede servir de base seria y consistente para incriminar a una persona.

Pero es que, profundizando en lo anterior, del curso de la causa, no han quedado ni siquiera indicariamente acreditadas, ni la parte querellante ha hecho el menor esfuerzo en tal sentido, las alegadas relaciones familiares y/o personales espúreas que pudieren influir en la adjudicación del servicio a Aeromédica Canaria, S.L., en perjuicios de otras empresas.





NOVENO.- En su escrito de querella la querellante sostiene que son públicamente conocidos los lazos familiares que unen, o unían, a uno de los responsables de Aeromédica Canaria, S.L., con un alto cargo regional del Servicio Canario de Salud, organismo del que depende directamente Gestión Sanitaria, S.A.

La querellante no identifica, en ningún momento, quienes son esas personas vinculadas, y las únicas referencias que se pueden tener al respecto son siempre extraprocesales, derivadas de las informaciones no contrastadas que fueron apareciendo en los medios de comunicación social, pena, insinuaciones y medias palabras aparte, lo que verdaderamente importa aquí no son los juicios paralelos en los medios de información, a que se han visto sometidos los implicados en esta causa, sino única y exclusivamente lo que figura en este proceso; y es incuestionable que, de lo actuado, no se establece ninguna clase de vinculación familiar y/o parental del tipo de la sugerida, intencionadamente, por la querellante; como tampoco se infiere indicio razonable, por sutil e inaprensible que sea,

que permita sostener la verosimilitud de las conjeturas de la querellante sobre la supuesta intervención antijurídica de un alto cargo del Insalud en la adjudicación del Servicio de Transporte Aeromedicalizado a Aeromédica Canaria, S.L.

DÉCIMO.- El bien jurídico protegido en el delito del art. 429 del C.P., y también en el art. 404 del C.P., es, como no puede ser de otro modo, y así lo ha puesto de relieve la mejor doctrina, el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, con sujeción al sistema de valores instaurado en la Constitución Española, y, en suma, el correcto ejercicio de la potestad administrativa (STS 25/10/93).

Con los Delitos contra la Administración Pública se busca preservar, a toda costa, la legalidad y transparencia en el ejercicio de la actuación administrativa, consciente el legislador de que solo el respeto a los principios que rigen la actuación administrativa puede limitar la desviación de poder y la corrupción política y administrativa, incompatibles con el control democrático de los actos de la Administración.

Hay que convenir que la violación de esos principios afecta a la esencia misma del Estado de Derecho, por lo que hay que establecer los controles para depurar sin contemplaciones y con el máximo celo las perversiones detectadas.

En este marco, corresponde al ciudadano el derecho inalienable de no soportar comportamientos desviados y ejercer cuantas acciones sean conducentes, incluida la vía penal, para someter a la Administración al imperio de la Ley.

Este derecho fundamental a la tutela judicial, se hace más sensible en la materia que nos ocupa dados los intereses generales objetivamente en juego.

La conducta de los servidores públicos en el ejercicio de





sus responsabilidades públicas debe ser ejemplar y escrupulosa, y así tiene derecho a exigirlo el administrado.

Como lógico contrapunto, no deben permitirse **incriminaciones interesadas y vacuas**, cuya única finalidad sea el des prestigio de los servidores públicos, con el consiguiente descrédito de las instituciones que representan, porque abre la puerta a denuncias infundadas supone desnaturalizar la esencia del sistema democrático y el control que el mismo propugna.

UNDÉCIMO.- Resulta obvio que establecer las identidades que planteó la querellante no debe de ofrecer para ella mayor dificultad, y si llegados a este estado de la causa estamos como al principio, habrá que preguntarse sobre cual era la verdadera finalidad de la parte al lanzar sus acusaciones y ni siquiera molestarse en acreditarlas, por poco que sea, en el proceso.

No nos queda más remedio que considerar gratuitas y aventuradas las imputaciones que vierte la querellante en su escrito de querella, subyaciendo una inconfesable y criticable intencionalidad política en el ejercicio de la acción penal, instrumentalizando la jurisdicción penal para otros fines distintos que los que legítimamente le son propios.

#### PARTE DISPOSITIVA

SE DECRETA EL **ESTE MIENTO PROVISIONAL** de las actuaciones por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito.

Póngase esta resolución en conocimiento del Ministerio Fiscal y demás partes personadas previniéndoles que contra la misma podrán interponer, ante este Juzgado, RECURSO DE REFORMA y/o subsidiario de APELACIÓN en el plazo de TRES DIAS.

Así lo acuerda, manda y firma D. MIGUEL ANGEL PARRAMON I BREGOLAT, MAGISTRADO-JUEZ del Juzgado de Instrucción nº 7 de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA y su partido.- Doy fe.

