

SENTENCIA N° 510/2002

Málaga, a veintiuno de octubre del año dos mil dos

Visto, por el Magistrado - Juez del Juzgado de Lo Penal número 8 de esta Provincia, don Santiago Macho Macho, el juicio celebrado en el procedimiento abreviado número 28/02, seguido contra don JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO, nacido en El Arenal (Ávila) el 24 de noviembre de 1947, hijo de Julián e Isabel, con DNI n ° 65.086.653 K; representado por la Procuradora Sra. Chacón Aguilar, asistido por el Letrado Sr. Del Nido Benavente; acusado de cometer delito contra las Instituciones del Estado. Interviene el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º- La causa es iniciada, ante denuncia de la Fiscalía de Málaga de fecha 20.01.99, por el Juzgado de Instrucción número 7 de aquélla, como diligencias previas número 137/89, luego procedimiento abreviado. Seguida en sus trámites, previo reparto, la recibimos en este juzgado el día 23.01.02, admitiendo pruebas propuestas por las partes, tenidas por pertinentes, y señalando fecha para el juicio con auto del siguiente día 29.

2º- La vista del juicio, suspendidas las previstas para los días 26.04.02 y 13.06.02, fue el pasado día 18 con presencia del acusado.

En ella el Ministerio Fiscal califica definitivamente los hechos como constitutivos de delito del artículo 502.1 y 2, en relación con el artículo 556, ambos del Código Penal, del que estima autor al acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, y pide le sea impuesta penas de 9 meses de prisión y suspensión de cargo público durante 16 meses, y el pago de costas.

La defensa pide la absolución.

HECHOS PROBADOS

1º- El día 16 de septiembre de 1993 fue nombrado por el Pleno del Ayuntamiento de Marbella, constituido en Junta General de Socios, Presidente del Consejo de Administración de la sociedad "Contratas 2000 S.L." JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO, a la vez Teniente Alcalde del Ayuntamiento de Marbella, única accionista de la sociedad que en Pleno anterior había acordado el 22 de octubre de 1992 realizar aportaciones en metálico a la misma y aumentar su capital social a 625.000.000 de pesetas.

El 20 de diciembre de 1994 la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos del Parlamento de Andalucía acordó dirigirse a la Cámara de Cuentas de Andalucía a fin que realizara la fiscalización del Ayuntamiento de Marbella y sus empresas. La petición fue asumida por el Pleno de la Cámara de Cuentas en sesión de 28 de septiembre de 1998, en cumplimiento de lo previsto en el Plan de Actuaciones de la misma para 1998, acordando fiscalizar "Contratas 2000 S.L.", analizándose en concreto los ejercicios económicos 1993 y 1994.

En ejecución de la acordado, la Consejera de la Cámara de Cuentas comunicó en escrito de 2.de octubre de 1998 al Presidente del Consejo de Administración de "Contratas 2000 S.L." - lo seguía siendo JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO- que debía mantener a disposición de la misma toda la documentación de la sociedad correspondiente a los ejercicios 1993 y 1994 de

carácter mercantil, administrativa, jurídica y contable. Comenzando los trabajos de fiscalización con escrito remitido por el auditor Diego Maestre el 23 de octubre de 1998 a la Gerencia de "Contratas 2000 S.L." -a la atención del José Luis Jiménez (Gerente de la sociedad)- en que se concedió un plazo máximo de 10 días para que remitiera: las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 1994, 1996 y 1997; informes de gestión de los mismos ejercicios; informes de auditoría de los mismos ejercicios; certificado de depósito en el Registro Mercantil de las Cuentas Anuales correspondientes a los ejercicios 1993 y 1994; balance de comprobación de sumas y saldos -al mayor desarrollo posible- de los ejercicios 1993 y 1994; escrituras de compraventa de acciones desde su inicio hasta 31.12.94; escrituras de ampliaciones de capital habidas en la sociedad desde su inicio hasta 31.12.94; estatutos de la sociedad vigentes en 1993 y 1994; y, documento de legalización de los libros oficiales de contabilidad de los ejercicios 1993 y 1994.

Con escrito de fecha 27 de octubre de 1998, JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO, como Presidente de "Contratas 2000 S.L.", contestando a la primera comunicación, comunica a al Consejero Mayor de la Cámara de Cuentas que el Consejo de Administración de "Contratas 2000 S.L.", había resuelto, por acuerdo mayoritario, que el acuerdo de la Cámara de Cuentas de 28 de septiembre de 1998 es nulo y que dicha sociedad no es una empresa pública, y anunciando la interposición de recurso contencioso- administrativo, no enviando la documentación requerida .

El 5 de noviembre de 1998, el Consejero Mayor de la Cámara de Cuentas, contesta al escrito anterior, entendiendo que es negada la colaboración, y vuelve a reiterar a JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO, como Presidente de "Contratas 2000 S.L." el requerimiento concediendo plazo improrrogable de 10 días y haciéndole los apercibimientos de que en caso de incumplimiento se daría comunicación a la Fiscalía, por si hubiere incurrido en un delito de desobediencia al que se refiere el artículo 502.2 del Código Penal. Con escrito de 11 de noviembre de 1998 responde JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO, como Presidente del Consejo de Administración de "Contratas 2000 S.L.", haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Pleno de la Cámara de Cuentas de 28 de septiembre de 1998, sin que remitiera la documentación.

El 28 de enero de 1999 JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO remitió a la Cámara de Cuentas las cuentas anuales, el informe de gestión y el informe de auditoría de 1996, sin que se haya remitido incluso de ser posteriormente requerida la sociedad el 15 de septiembre de 1999 y el 6 de marzo de 2000: las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 1997; informes de gestión del mismo ejercicio; informe de auditoría del mismo ejercicio; certificado de depósito en el Registro Mercantil de las Cuentas Anuales correspondientes a los ejercicios 1993 y 1994; balance de comprobación de sumas y saldos -al mayor desarrollo posible- de los ejercicios 1993 y 1994; escrituras de compraventa de acciones posteriores a 20.12.91; escritura de ampliaciones de capital habidas en la sociedad desde su inicio hasta 31.12.94; estatutos de la sociedad vigentes en 1993 y 1994; y, documento de legalización de los libros oficiales de contabilidad de los ejercicios 1993 y 1994; cuentas anuales completas de la sociedad referidas a los ejercicios 1998, de acuerdo con los modelos obligatorios para el balance y la cuenta de pérdidas y ganancias, para su presentación ante el Registro Mercantil; informe de gestión del ejercicio 1998; informe de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 1998; certificación de la aprobación de las cuentas anuales, incluyendo distribución de resultados, por el secretario del máximo órgano rector de la entidad que acredite la exactitud de las mismas y de su fecha de aprobación; instancia de la presentación de las cuentas anuales del ejercicio 1998 en el Registro Mercantil.

2º- El acusado es mayor de edad y no tiene antecedentes penales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º- La defensa el inicio de la sesión plantea como cuestiones previas la suspensión del juicio por existir un recurso contencioso-administrativo pendiente por resolver, y por falta del informe sobre la inasistencia del Consejero Mayor en anteriores señalamiento. A ambas se opuso el Ministerio Fiscal y fueron en el acto desestimadas, con la protesta del proponente.

a) Las cuestiones prejudiciales devolutivas en el orden penal tienen carácter excepcional, estando este orden facultado para resolver (artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El proponente de la cuestión alega que al exigir el tipo que se reputa infringido un requerimiento previo en legal forma, y estar cuestionada ésta, debe esperarse la resolución firme de los tribunales contenciosos. En efecto consta en la causa que en Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala Contencioso-Administrativa de Sevilla, es seguido recurso contra el acuerdo de al Cámara de Cuentas sobre la fiscalización de Contratas 2000 S.L -folio 272 y ss-, procedimiento que al ser interrogado el Consejero Mayor de Cuentas manifiesta que la Sala resolvió en sentencia de 25.07.01, estimando que era una acto excluido del control de dicha jurisdicción, desconociendo si la sentencia es o no firme.

De ese modo la Sala recogería los argumentos expuestos por el Letrado de la Cámara de Cuentas al contestar al recurso: es un acto no susceptible de impugnación a tenor del artículo 82.c) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La Ley Jurisdiccional de 13 de julio de 1998 engloba dentro de las Administraciones Públicas a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, no considerando tales a las Asambleas Legislativas de éstas y a las instituciones autónomas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, respecto de los que la jurisdicción solo alcanza a actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial -artículo 1-, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 74.1.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Cámara de Cuentas de Andalucía es un órgano técnico dependiente del Parlamento de Andalucía (artículo 1, Ley 1/1988 de 17 de marzo y según se desprende de los artículos 34 y ss de la Ley 6/83 de Gobierno y de Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía), del que éste se vale para llevar a cabo el control presupuestario de la Comunidad Autónoma que le atribuye el artículo 63 de la Ley Orgánica 6/1981 de 30 de diciembre del Estatuto de Autonomía de Andalucía, incluso su Reglamento de Funcionamiento y Organización fue elaborado por el Parlamento y no por el Consejo de Gobierno -BOJA n º 57 de 9 julio 1991-, consecuentemente su función se limita al examen y comprobación de cuentas emitiendo un juicio , del que no surgen derechos ni obligaciones, siendo su destinatario el Parlamento de Andalucía y no el órgano fiscalizado, en el sentido expuesto en la sentencia 187/88 por el Tribunal Constitucional -fj 2-.

De ser correcta esa argumentación, la espera sería en balde y dilatoria de la presente causa, en la que además, como se verá en el lugar oportuno, puede integrarse el tipo penal.

b) La defensa, al serle conferido traslado de escrito de la Cámara de Cuentas alegando que el Consejero Mayor estaba exento de la obligación de acudir al presente juicio, en escrito de 19.06.2002 se opuso y añadió petición de que el Consejero Mayor fuera requerido para que informe si el escrito presentado interesando su no comparecencia trae causa con informe jurídico emitido y se aporte copia del referido informe. Como en la providencia de 18.07.02 desestimamos la excusa del Consejero Mayor, no estimamos necesario aludir a tal requerimiento, que como medio de prueba está propuesto en forma extemporánea y no tiene relación alguna con los hechos.

2º- La narración que de hechos es realizada tras oír en el plenario la declaración del acusado, así como los testimonios del Consejero Mayor de la Cámara de Cuentas de Andalucía, el auditor de la misma don Diego Maestre Benjumea, el Letrado don José Luis Sierra Sánchez, el Teniente Alcalde del Ayuntamiento de Marbella Rafael González Carrasco, el vocal del Consejo de Contratas 2000 S.L Esteban Guzmán Lanza, el secretario de dicho Consejo Modesto Perodia Cruz-Conde, y el Secretario del Ayuntamiento de Marbella Leopoldo Barrantes Conde.

EL acuerdo de la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos del Parlamento de Andalucía está publicado en el BOPA n º 48 -con copia al folio 10-. Copia del certificado del acuerdo del Pleno de la Cámara de Cuentas hay al folio 11.

La primera comunicación de la Consejera de la Cámara de Cuentas al Presidente del Consejo de Administración de "Contratas 2000 S.L." , obra copiada al folio 12. La comunicación escrita remitido por el auditor Diego Maestre el 23 de octubre de 1998 a la Gerencia de "Contratas 2000 S.L." -a la atención del José Luis Jiménez obra al folio 16, siendo ratificada al testificar por el auditor, indicando que si la dirigió a la gerencia fue por que alguien de la sociedad, de las innumerables veces que llamó por teléfono debió decirle que así lo hiciera, añadiendo que si la pidió esa documentación era por no disponerla, añadiendo que puede que la tuviera otro departamento de la Cámara . Mientras que la contestación del acusado a la primera comunicación de la Cámara, como Presidente, está en los folios 20 y 21.

El escrito de 5 de noviembre de 1998 del Consejero Mayor de la Cámara de Cuentas obra al folio 22, y la contestación del acusado, ratificada con el testimonio de aquél. Al folio 23, acompañando copia del escrito formulando el recurso contencioso-administrativo.

En los folios 47 y ss obra la certificación del Registro Mercantil sobre los asientos de Contratas 2000 S.L.

Certificación de la Cámara de Cuentas sobre los documentos que faltan esta al folio 89, siendo ampliado con informe de 4 de abril 2001 -folio 320-, al que siguen copias de ulteriores escritos dirigidos al Presidente del Consejo de Administración de Contratas 2000, S.L por la Consejera reclamando documentación -a 6 de abril 2000, folio 342; 15.09.99, folio 350; 6.03.2000, folio 358-.

Testimonio del recurso contencioso-administrativo 2463/98 al folio 272 y ss.

La defensa aporta al plenario copia de auto de éste al pa 353 juzgado de 13.09.2002 y de auto 273 de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 1 ª, de 23.09.02, al rollo 139/02, estimando ambas cuestiones prejudiciales contencioso-administrativas. Añade certificado del Secretario del Ayuntamiento de Marbella sobre acuerdo de la Comisión de Gobierno en sesión de 14 junio 1996, sobre comunicaciones de la Cámara de Cuentas de Andalucía, aprobando el informe emitido al efecto por el Letrado Sr. Sierra Sánchez, declarando las actuaciones nulas de pleno derecho, por defecto de los títulos habilitantes, y mantener la suspensión de la actividad fiscalizadora, en tanto se produce un título habilitante -ratificado luego con el testimonio del Sr. Barrantes Conde-. También aporta copia del dictamen del Letrado Sr. Sierra -por éste reconocido al serle luego exhibido-. Acta del acuerdo del Consejo de Administración de Contratas 2000 SL de 14.06.96 -ratificado luego al ser interrogado su Secretario Sr. Perodia-.

3º- Los hechos probados son constitutivos de un delito contra las Instituciones del Estado, sancionado en el artículo 502.2 - en relación con el número uno del mismo artículo y por remisión de este con el artículo 556- del Código Penal ("1. Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de

investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia. Si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. 2. En las mismas penas incurrirá la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que éstos solicitaren o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación").

El precepto, que tiene sus precedentes inmediatos en el artículo 480.2 del Anteproyecto de Código Penal de 1992 y en el artículo 481 del Anteproyecto de Código Penal de 1994, siendo introducida la alusión al Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas en las discusiones parlamentarias del actual Código, en una primera lectura, dada la remisión que hace el número primero al delito de desobediencia, parece participar de la naturaleza de éste, sin embargo, su parentesco con la denegación de auxilio -artículo 412- y la obstrucción a la Justicia es grande.

Así por lo que al caso atañe, en cuanto el sujeto cuya colaboración se pide es una empresa de accionariado municipal, y sujeto que la pide es un órgano técnico de pendiente del Parlamento de Andalucía, el art. 140 de la C.E. establece que la constitución garantiza la autonomía de los municipios.- Estos gozarán de personalidad jurídica plena. El art. 10 de la Ley de Bases de Régimen Local dispone que la Administración Local y las demás Administraciones del Estado ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos -núm. 1-; las funciones de coordinación no afectarán en ningún caso a la autonomía de las entidades locales -núm. 3-.- Según el art. 55 de dicha Ley, para la efectividad de la coordinación y la eficacia administrativa, las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de un lado, y las Entidades Locales de otro, deberán en sus relaciones recíprocas: a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo deriven para las propias. b) Ponderar, en la adecuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquéllos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones. c) Facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos. d) Prestar, en el ámbito propio la cooperación y asistencia activa que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas.- Finalmente el art. 60, para el caso de incumplimiento, dice que "cuando una entidad local incumpliera obligaciones impuestas directamente por la Ley de forma que tal incumplimiento afectara al ejercicio de competencias de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas, y cuya cobertura económica estuviese legalmente o presupuestariamente garantizada, una u otra, según su respectivo ámbito competencial deberá acordar su cumplimiento, concediendo al efecto el plazo que fuere necesario.- Si transcurrido dicho plazo, nunca inferior a un mes, el incumplimiento persistiera, se procederá a adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de la obligación a costa y en sustitución de la entidad local". Y en el ámbito específico de la hacienda local, el artículo 204 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales dice: 1. La fiscalización externa de las cuentas y de la gestión económica de las Entidades locales y de todos los Organismos y Sociedades de ellas dependientes es función propia del Tribunal de Cuentas, con el alcance y condiciones que establece la ley orgánica reguladora del mismo y su ley de funcionamiento.

De todo lo expuesto se infiere que las entidades locales tienen plena autonomía y que sus relaciones con la Administración Estatal o Autónoma están presididas por la colaboración y coordinación mutuas, así como de respeto a los ámbitos competenciales respectivos, de tal suerte que habrán de prestar la cooperación y asistencia activa que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas, estableciendo en caso contrario las facultades que a tales Administraciones -Estatal y Autónoma- corresponden.- En definitiva

la relación entre la Administración Autonómica y la Local no está presidida por criterios jerárquicos, sino por el ámbito de sus respectivas competencias y la colaboración y coordinación en atención a las mismas -en el mismo sentido STS de 24.09.90, El Der. 1990/8558-.

El tipo requiere:

A.- Una previa solicitud del Tribunal de Cuentas u órgano equivalente de las comunidades autónomas, es decir un mandato expreso y terminante emanado de dichos órganos, de cuyo contenido no quepa dudar, dictado en el ejercicio de sus funciones y de acuerdo con su competencia, bastando para ello que la misma venga reconocida en una disposición normativa, aunque se cuestione su virtualidad jurídica ante los Tribunales Contencioso-Administrativos, dada la presunción de veracidad de que disponen los actos de la Administración y la no suspensión de la ejecución del acto por la interposición de recurso contencioso -administrativo -arts. 94, 95, 96 y 100 de la Ley 30/1992, de 26 Nov. de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción de 1956; y artículo 129 y ss de la vigente Ley de la Jurisdicción de 1998-, según recuerda la STS 6.03.1987, El Der 1987/1821.

La defensa entiende que la Cámara de Cuentas de Andalucía ha incumplido su propia Ley, por lo que el título base de su petición es nulo, y por ende su solicitud. La Ley 1/1988, de 17 de marzo, de la Cámara de Cuentas de Andalucía, en su artículo 6 dispone que "1. La iniciativa fiscalizadora corresponde a la Cámara de Cuentas y al Parlamento de Andalucía.2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán interesar igualmente la actuación fiscalizadora de la Cámara de Cuentas o la emisión de informe: a) El Gobierno de la Comunidad Autónoma. b) Las Entidades Locales, previo acuerdo del respectivo Pleno. 3. La iniciativa a la que se refiere el apartado segundo de este artículo habrá de ser realizada a través de la Comisión de Hacienda y Presupuestos del Parlamento de Andalucía, que se pronunciará sobre la propuesta". Y en relación con el anterior el artículo 34 dice que "la iniciativa a que se refiere el art. 6 apartado primero, de la presente Ley, corresponde al Pleno del Parlamento de Andalucía. No obstante lo expresado en el párrafo anterior, también estará facultada para solicitar informes, memorias o dictámenes, la Comisión de Hacienda y Presupuestos del Parlamento de Andalucía, siempre que el acuerdo de petición se apruebe por mayoría simple de sus miembros que, a su vez, representen, al menos, la tercera parte de los miembros de la respectiva Comisión". Al caso, no hay un acuerdo del Pleno del Parlamento de Andalucía, requisito que estima la defensa insubsanable, pero hay un acuerdo de la Comisión de Hacienda y Presupuesto de 20.12.94 acordando instar la fiscalización, que en una interpretación literal de último precepto no es lo mismo que solicitud de informes, memorias o dictámenes, pero que de sostenerse esa interpretación literal, no tiene virtualidad desde el momento en que el Pleno de la Cámara de Cuentas el 28.12.98, que por si está facultado para acordar la fiscalización, acuerda realizarla.

Sigue la defensa argumentando que no estaba aprobado el Programa Previo a que se refiere el artículo 5 de la Ley ("1. La Cámara de Cuentas deberá realizar sus funciones según un programas previo confeccionado por ella misma -por tanto no es el mismo programa a que alude el artículo , de acuerdo con su presupuesto y de cuya ejecución pueda formarse juicio suficiente sobre la calidad y regularidad de la gestión económica-financiera del sector público andaluz. Esta actividad no podrá verse mermada por el derecho de petición que corresponda al Parlamento, al Consejo de Gobierno o a las Entidades Locales."), contra lo certificado por la propia Cámara y lo testificado en el plenario por el Consejero Mayor de la misma..

Por otra parte, como la hoja del Registro Mercantil evidencia, el propio acusado ha reconocido e incluso los testigos de su parte han manifestado, Contratas 2000 S.L era una empresa municipal, con aportaciones a la misma del Ayuntamiento de Marbella, componía el

sector público de la Comunidad Autónoma con percepción de fondos públicos, y como tal un sujeto fiscalizable, conforme al artículo 1 y al artículo 2.1.b) y 2 de la citada Ley, notificando la Cámara al Presidente del Consejo de Administración de Contratas 2000 S.L, el acusado -según él reconoce y está documentado en la causa, el inicio de las actuaciones, conforme ordena el artículo 7, exigiendo la documentación y antecedentes que consideró necesaria, como consta en las diferentes comunicaciones y ha testificado el auditor, todo ello según está facultada en el artículo 9, y para verificar las cuentas anuales presentadas o debidas presentar conforme al artículo 11, y con un segundo requerimiento conminatorio realizado con escrito de 5.11.98, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley.

B.- Que haya sido claramente notificado a la persona que tenga la obligación de cumplirlo, de modo que el destinatario del mandato tenga conocimiento certero del mismo y de las consecuencias negativas que le puede acarrear su actitud incumplidora: al caso está documentada toda las comunicaciones de la Cámara a Contratas 2000 y su conocimiento tanto por la sociedad como por el Presidente del Consejo de Administración, está reconocido por el acusado y evidenciado por sus respuestas escritas e interposición del recurso contencioso-administrativo.

C.- La resistencia o negativa consciente del requerido a hacer aquello que se le ordena -- cuya persistencia en la rebeldía dependerá de la trascendencia del mandato-- con el consiguiente menoscabo y desprestigio del órgano requirente y por ende de las Instituciones del Estado, como alude la rúbrica del capítulo: conscientemente el Presidente del Consejo de Administración de Contratas 2000 dejó de remitir la documentación pedida, al punto de alegar, para no hacerlo, un acuerdo del Consejo, en efecto tomado a 14.06.96, en consonancia con un acuerdo adoptado por la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella en 1994, y un dictamen jurídico, elaborado como soporte del acuerdo del Ayuntamiento por el Sr. Sierra - documentación toda aportada por la defensa al inicio del plenario y averada con el testimonio de sus autores.

D) Incumplimiento grave y trascendente de lo ordenado , atendiendo a la naturaleza y finalidad de la orden y bienes jurídicos en conflicto, así como inexistencia en el plano de la antijuridicidad de determinadas circunstancias que puedan dar lugar a una valoración exonerativa de la responsabilidad penal: los certificados e informes sobre la documentación que falta y la falta de fiscalización de los ejercicios indicados en los hechos, son ilustrativos.

4º- Autor del delito es el acusado (artículos 27 y 28 de Código Penal), según el juicio de culpabilidad en lo que antecede que sigue.

El acusado reconoce haber emitido los escritos a la Cámara de Cuentas, pero afirma que en ningún momento tuvo voluntad de desobedecer, su cargo de Presidente del Consejo de Administración de Contratas 2000 S.L, y de una veintena de empresas municipales, era meramente formal, por su condición de Teniente Alcalde del Ayuntamiento de Marbella - municipio del que actualmente es Alcalde-, el Consejo de Administración de todas las sociedades era meramente formal, sin actividad, y la empresa se atenía a lo acordado por el Ayuntamiento, en este caso, al acuerdo de la Comisión de Gobierno de 1994 acordando suspender la actividad de fiscalización de la Cámara de Cuentas y la nulidad del título de fiscalización; añade que en cada empresa había un Gerente que se ocupaba de la sociedad, e incluso su despacho estaba muy alejado físicamente del de Contratas 2000 S.L. Datos todos que su defensa entiende como evidencias de que no tenía el dominio del hecho.

En el carácter de órganos meramente formales, sin actividad real, de los consejos de administración de la sociedades municipales de Marbella han abundado los testimonios de los Sres. Sierra Sánchez -testigo de la acusación-, Rafael González -Teniente Alcalde de Marbella,

Esteban Guzmán -consejero de Eventos 2000 S.L- y Perodia Cruz-Conde -Secretario del Consejo de Administración de Contratas 2000 S.L.

En la hoja registral de la Eventos 2000 S.L. consta el cargo de Gerente de la misma en la persona de José Luis Jiménez, lo que en todo caso tendría sólo los efectos frente a terceros en relación jurídico mercantil, sin que pueda derivarse a él el dominio del hecho, puesto que internamente es un mero empleado a las órdenes de los órganos sociales que hubiera tenido que cumplir los ordenados.

El acusado recibió los requerimientos como Presidente del Consejo de Administración de Contratas 2000 S.L, máximo órgano de representación de la sociedad en juicio y fuera de él, como dicen sus estatutos inscritos en el Registro Mercantil y dice la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y estaba obligado a su cumplimiento. Al no hacerlo de forma reiterada se colocó él personalmente en una situación antijurídica, sin que tuviera capacidad de discutirla, dada la inmediata ejecutividad del acto, sin que le sirvan de escudo los previos acuerdos del Consejo de Administración de Contratas 2000 S.L, órgano sin operativa alguna, meramente formal, ni de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Marbella. No nos encontramos, propiamente, ante un supuesto de extensión de la responsabilidad penal a los representantes por hechos delictivos cometidos por personas jurídicas, supuesto contemplado en el art. 31 del Código penal. La aplicación de este precepto requiere que el tipo penal subsumible a los hechos prevea en su redacción típica la concurrencia de unos elementos especiales de autoría, que no se expresa en el art. 502 del Código penal aplicado, y que por aplicación del art. 31 se transfieren al representante legal o voluntario -semejo sentido STS n ° 62/2001de 23.01.02-.

Es patente que las peticiones de la Cámara de Cuentas no ofrecía dificultad alguna de comprensión, y su cumplimiento era sencillo, mandar a los empleados, reunir una documentación y remitirla a la Cámara. La falta de colaboración obedece fundamentalmente a la existencia de un acuerdo municipal contrario a la colaboración con el ejército a cuyo cumplimiento se siente vinculado -donde subyacen razones de disciplina de partido-. Y tal conflicto de deberes que apunta el acusado, entre el deber de cumplir los acuerdos dictados con base en las Leyes emanadas del único órgano legitimado para elaborarlas y el de cumplir un acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de la que formaba parte como Teniente de Alcalde, a su vez basado en un informe jurídico ajeno a los propios técnicos municipales -con la objetividad que en principio se supone en todo funcionario como servidor de la leyes-, debido al asesor personal del alcalde, que a su vez era a veces del Ayuntamiento y algunas veces de alguna empresa municipal -según el testimonio del propio asesor Sr. Sierra-, en definitiva el informe de una persona privada -como tal proclive a fundamentar en el sentido que interesa a quien se lo encarga-, lo solvento con el incumplimiento del deber legal de colaborar con la Cámara de Cuentas y por ende con el Parlamento de Andalucía, en clara actitud obstaculizadora a la fiscalización, pero en provecho de sus intereses como integrante del Ayuntamiento. Cabe señalar por último, que en caso de grave pugna entre la conciencia personal y la ley, tuvo a su alcance una salida digna cual es la dimisión, para poner fin a tal situación, pero nunca negarse a cumplir una petición de colaboración que se enmarca dentro de las obligaciones impuestas a los Ayuntamientos y a sus sociedades, so pena de colocarse al margen de la Ley -en semejo sentido ss AP de Guipúzcoa de 27.04.1999 y 29.09.2000-.

5º- En el acusado no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, por lo que la pena legalmente prevista puede ser recorrida en toda su extensión (artículo 66.1 ° del Código Penal). Ante la persistencia en la falta de colaboración y las consecuencias, el número de ejercicios económicos que ha sido imposible fiscalizar, y el obrar siguiendo acuerdos sobre obstaculización general a toda actividad fiscalizadora del Ayuntamiento de Marbella y sus sociedades, impondremos las penas en la extensión que se dirá.

6º- Las costas son a cargo del acusado como responsable penal del delito (artículo 123 del Código Penal).

En atención a lo expuesto,

FALLO

Condeno a don JULIÁN FELIPE MUÑOZ PALOMO a las penas de NUEVE MESES de prisión, DIECISÉIS MESES de suspensión de cargo público, y al pago de las costas del juicio, como autor de un delito contra las Instituciones del Estado, sin el concurso de circunstancias modificativa de responsabilidad.

Notifíquese informando que contra lo aquí resuelto puede recurrirse en apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga, interponiendo y sustanciando el recurso mediante escrito a presentar en este juzgado en el plazo de 10 días. Deposítense en Secretaría previo testimonio en la causa.

Así lo acuerdo y firmo.