

# JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 19 DE SEVILLA

AV. MENENDEZ PELAYO, S/Nº.

Teléfono: 955.00.53.67. Fax: 955.00.53.69.

Procedimiento: DILIGS.PREVIAS 9420/2008. Negociado: 1º

N.I.G.: 4109143P20080172297.



**ES COPIA**

## AUTO

En SEVILLA a diecinueve de noviembre de dos mil diez.

## HECHOS

**UNICO.-** El presente procedimiento se incoa por denuncia interpuesta por D. Juan Ignacio Zoido Alvarez en representación del Grupo Popular en el Ayuntamiento de Sevilla, habiéndose practicado las diligencias de investigación que constan en autos.

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Las presentes actuaciones se inician por denuncia interpuesta por el representante del Grupo Popular en el Ayuntamiento de Sevilla contra D. José Manuel Silva Ardanuy por delitos de prevaricación, malversación de caudales, tráfico de influencias, fraude en la contratación pública y usurpación de funciones.

En síntesis basan su denuncia en la intervención del Sr. Silva en una serie de expedientes que tuvieron como resultado la adjudicación de diversos eventos a la empresa ARECON SERVICIOS S.L.U de la que es titular y administrador David Domínguez Silva al que le une con el denunciado una relación de parentesco. Concretamente se denuncia dicha intervención en cuatro expedientes el 117/07, el 130 y 131/07 y el 176/07. El primero de tales expedientes tuvo por objeto la adjudicación del evento relativo a la Velá de Santa Ana de dicho año cuya adjudicación fue firmada por el Sr. Silva el 31-8-07. El expediente 130/07 es relativo a un contrato adjudicado el 29-1-08 en el que interviene el denunciado como Presidente de la Junta Municipal del Distrito Casco Antiguo por delegación de la Junta de Gobierno y se trataba del Encuentro Avance 07 celebrado en la Plaza de Santa Isabel el 4-10-07. El 131/07 fue adjudicado el 20-12-07 era relativo a la celebración de los mercadillos artesanos del barrio de Santa Cruz. En el expediente 176/07 el denunciado no ha intervenido.

Los expedientes 130 y 131 se producen sin licitación pública y además en lo que respecta al número 130, se denuncia también que el gasto correspondiente no se había aprobado previamente a la adjudicación del contrato por lo que hubo de convalidarse con posterioridad subsanándose dicho defecto.

Por lo que respecta al expediente 117/07 el problema que es objeto de denuncia es de falta de competencia por parte del imputado que según el denunciante adjudicó el contrato atribuyéndose la sustitución de la Delegada del Distrito Bellavista La Palmera siendo así que dicha sustitución correspondía al Sr. Gómez de Celis en atención al Decreto de la Alcaldía 510 de 23-7-07.

El 22-2-10 , el Juzgado acordó interesar del Excmo Ayuntamiento de Sevilla la remisión de copia de los expedientes objeto de denuncia .

El expediente 117/07 que es el primero que se adjudicó , fue sometido a pública licitación y la propuesta de las tres empresas idóneas para la ejecución del evento entre las cuales se encontraba ARECON EVENTOS SLU , fue efectuada por D.Pedro Gonzalo Palomares como Director del Distrito Bellavista-La Palmera . Se contactó por parte del Ayuntamiento vía fax con las tres empresas y sólo dos de ellas contestaron :Tanasport S.L y Arecon Servicios SLU . Finalmente el presupuesto de Arecon fue de 27.860 euros y el de Tanasport de 29.887,4 euros por lo que el 27-8-07 Francisco Manuel Silva firmó la adjudicación en sustitución de la Delegada de Distrito.

A dicha adjudicación se hace por parte del Viceinterventor del Ayuntamiento de Sevilla una observación consistente en hacer constar el incumplimiento de las prescripciones técnicas incluidas en los pliegos en relación con la propuesta presentada.

El 6-6-09 declaró en el Juzgado como testigo el Viceinterventor del Ayuntamiento y en relación con este expediente manifiesta que cuando hizo mención al incumplimiento de los presupuestos técnicos hacía referencia a problemas procedimentales , en este caso se refería en concreto a la falta de identificación de los artistas que habrían de actuar para poder valorar cada contrato individualmente .

Respecto a si el Sr.Silva actuó sin competencia en la adjudicación del contrato , el denunciado aportó el día de su declaración un documento acreditativo de la existencia de resolución municipal sobre las sustituciones en el periodo extraordinario de vacaciones según el cual en la fecha de la firma del contrato sí podía actuar como sustituto de los Sres Torrijos , Sánchez Morán y la Sra Medrano , siendo así que el Viceinterventor manifiesta en su declaración que la adjudicación se podría haber realizado por el Sr.Silva siempre que actuara con la competencia delegada de la Junta de Gobierno Local.

Distintas son las irregularidades que se ponen de relieve en relación con los expedientes 130 y 131 de 2007 . Respecto al primero de ellos , el defecto que se aprecia en primer lugar por parte de la intervención es no haberse efectuado previamente a la adjudicación , la aprobación del gasto en concreto . Esta supuesta irregularidad queda subsanada después y convalidada por el Secretario General de la Junta de Gobierno y fiscalizada por el Interventor . Existe además en la documentación que obra en el expediente , una justificación implícita de esta aprobación previa del gasto tanto por parte del Director del Distrito Casco Antiguo ( Sr.Rodríguez Barranquero) como de la Jefa de Sección de dicho Distrito . El primero de ellos en cuanto expone que "... en este supuesto no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido por no haberse concretado hasta última hora la necesidad de los citados recursos y que el Distrito asumiría el gasto derivado del citado servicio lo que no permitió aprobar previamente el expediente administrativo correspondiente por no estar previsto con la antelación suficiente" .

Tanto respecto de este expediente como en relación con el 131/07 el Viceinterventor efectuó en su día las mismas observaciones que en síntesis se circunscriben a que la tramitación de dichos expedientes debió haberse realizado de conformidad con el procedimiento exigido por la Ley 38/03 General de Subvenciones y no por la Ley de Contratos de la Administración del Estado que fue la que se aplicó . En el momento de su declaración , el Sr.González Fernández fue expresamente interrogado acerca de si la aplicación de la Ley de Contratos de la Administración Pública pudo efectuarse por parte de los responsables de la adjudicación para burlar algún trámite y el Viceinterventor manifiesta

que no cree que se utilizara dicha normativa en fraude de ley y explica en primer lugar que al tratarse de contratos menores no resultaba necesaria la concurrencia de ofertas sino sólo la acreditación de que se trata de un precio adecuado al de mercado . Por otra parte dice que le Ley de Contratos de la Administración Pública sí es adecuada para la adjudicación del contrato , lo que no se hubiera cumplido sería la Ley de Subvenciones en relación con el tercero beneficiario de los bienes y servicios , es decir que la financiación municipal de esas actividades debió aprobarse siguiendo los trámites de la Ley de Subvenciones pero no es éste el objeto de la denuncia.

El testigo Sr.González Fernández , hace dos precisiones fundamentales en su declaración :

-Que no cree que se hayan financiado irregularmente actividades privadas con dinero público y que si en su momento emitió una serie de observaciones acerca de la adjudicación era por problemas en el iter procedimental.

-Que considera que la selección de la empresa Arecon Servicios siguió los procedimientos legales.

**SEGUNDO.**-Lo que subyace a la denuncia interpuesta por la representación del Grupo Popular en el Ayuntamiento de Sevilla es por tanto la consideración de que el Sr.Silva fuera de sus competencias en alguno de los supuestos , intervino en la adjudicación de contratos a una empresa por el hecho de que su titular era pariente suyo y prescindió del procedimiento legalmente establecido para conseguirlo , asimismo se efectúa una denuncia por malversación de caudales públicos en el sentido de haber aplicado dinero público a fines privados sin finalidad de servicio público .

La parte denunciante considera que el imputado ha cometido delitos de : prevaricación , malversación de caudales públicos , tráfico de influencias , fraude en la contratación pública y usurpación de funciones .

Comenzando por la última de las imputaciones , la usurpación de funciones públicas tipificada en el art. 402 del C.P. , tal y como se ha expuesto anteriormente a raíz de la documental aportada por el imputado en el acto de su declaración , y consistente en el acuerdo de la Junta de Gobierno celebrada el 26-7-07 en la que se acuerda que el Sr.Silva Ardanuy ejerce como sustituto de los Sres Rodrigo Torrijos , la Sra Medrano y el Sr .Sánchez Morán desde los días 16 a 31 de Agosto de 2007 , la adjudicación del expediente 117/07 se encontraba en ese momento dentro de sus atribuciones por delegación. El delito de usurpación de funciones públicas es una modalidad de falsedad personal que supondría en el supuesto denunciado , el ejercicio de actividades de la función pública por parte del sujeto activo fuera del ámbito de su competencia y además con el propósito de obrar falseando esta realidad . Ninguna de esas circunstancias han concurrido en este supuesto en el que la competencia titular la ostentaba la quinta Teniente de Alcalde Delegada del Distrito Bellavista-La Palmera yt como sustituto el hoy imputado .

La parte alega igualmente la concurrencia de un delito de fraude en la contratación pública del art.436 del C.P. La conducta que según parece desprenderse del escrito de denuncia sería encuadrable en tal tipo es o bien la infracción de normas administrativas para llegar a la adjudicación del contrato o bien la afirmación de que el Sr.Silva adjudicó los contratos por su relación de parentesco con el titular de Arecon Servicios . Ninguna de las dos circunstancias han quedado acreditadas . Las propias manifestaciones del Viceinterventor en sede judicial ponen de relieve que no se ha aplicado la Ley de Contratos de la Administración en fraude de ley ya que ello no hubiera variado en nada el sistema de

adjudicación de los contratos y que sus discrepancias con los concejales en este extremo eran debidas a que a su juicio y respecto a los terceros beneficiarios de las actividades a practicar ,debió aplicarse la Ley de Subvenciones.

Por lo que respecta a la supuesta adjudicación por nepotismo , tampoco es de recibo puesto que en el único supuesto en que por la cuantía de la actividad hubo de efectuarse concurso público , se cumplieron las disposiciones administrativas al efecto y concurrieron otras empresas aunque finalmente de las dos que mantuvieron la oferta , Arecon Eventos S.L.U presentó el presupuesto más económico . Por otra parte en todo el proceso de selección , el Sr.Silva sólo interviene en la firma de la adjudicación y no en el proceso de oferta y selección en el que lo hacen otros funcionarios del Ayuntamiento.

El resto de los contratos , los relativos a los expedientes 130 y 131/07 ( puesto que en 176/07 no participó el imputado ) , se trataba de contratos menores y no precisaban de concurso público pero el proceso de elección del adjudicatario no dependía del Sr.Silva sino del Secretario del Distrito correspondiente . Ninguna connivencia entre el imputado y el adjudicatario ha podido acreditarse ni siquiera de modo indiciario tal y como exige el art. 436 del C.P. que además impone como elementos del tipo la intención de defraudar a cualquier ente público . Recordemos que en su declaración judicial D.Guillermo González Fernández afirma que en la contratación de la empresa Arecon Servicios se han respetado los procedimientos legales .

Todos estos argumentos sirven también para descartar la concurrencia de la figura del tráfico de influencias del artículo 428 del C.P. que exige acreditar que el funcionario público haya instigado a otros funcionarios o autoridades para conseguir una resolución que le beneficie económicamente a él o a un tercero.

Por último analicemos las figuras de la prevaricación y de la malversación de caudales públicos de las que también se acusa al Sr.Silva .

Es constante la doctrina del T.S. en torno al delito de prevaricación sobre la necesidad de distinguir entre el control de la legalidad administrativa y el control de la legalidad penal , no puede acudir ante toda interpretación errónea o discutible de las normas jurídicas a la jurisdicción penal que ha de ser , en razón al principio de intervención mínima , la última ratio sobre todo cuando las resoluciones pueden ser revisadas en vía de recurso administrativo . Así lo consideró también el TSJA en su sentencia de 20-12-01 .

El delito de prevaricación administrativa del art.404 del C.P. exige no sólo que la autoridad o funcionario público realice una actividad administrativa no ajustada a derecho , sino que sea en tal grado que pueda calificarse de manera notoria y evidente como injusta o arbitraria y que el sujeto activo la dicte a sabiendas de su ilicitud .

Así por ejemplo Sentencias del Tribunal Supremo como las de 10-5-93 , 23-4-97 , 9-7-99 8-1-02 entre otras , definen esta injusticia como la existencia de un desbordamiento de la legalidad flagrante y clamoroso radicado además de en la absoluta falta de competencia o en la inobservancia de las más elementales normas de procedimiento , en el contenido sustancial de la resolución que supone un "torcimiento del derecho" o una desviación del ordenamiento jurídico de manera patente grosera e incuestionable que no pueda sostenerse racionalmente.

En el presente caso no consta que por parte del grupo popular en el Ayuntamiento se hayan impugnado en vía administrativa ni las actas en que se resolvieron las subvenciones para las distintas actividades ( Velá de Santa Ana , Mercadillo Artesano del Barrio de Santa Cruz , Encuentro Avance 2007 ) ni las resoluciones sobre adjudicación de los distintos

contratos.

Por otro lado y a la luz de todo lo expuesto anteriormente no puede afirmarse que el imputado haya infringido en modo alguno la legalidad a la hora de acordar los actos administrativos de su competencia en los distintos expedientes por lo que difícilmente podrán aplicársele los presupuestos objetivos y subjetivos que la figura de la prevaricación exige .

Por último se dice por la parte denunciante que ha existido malversación de caudales públicos ( art .433 del C.P.) porque se han empleado fondos del presupuesto municipal en "actividades privadas" que no contienen como finalidad un servicio público , sino que se trata de una subvención encubierta concedida sin respetar la Ley 38/03 General de Subvenciones . La conducta que se describe ni siquiera encaja en la figura del injusto del art.433 que exige que el funcionario público destine usos ajenos a la función pública efectos puestos a su cargo y que la doctrina del T.S. interpreta estableciendo que no se trata de que se dé al dinero público un destino público distinto al que tuviera asignado , ya que esta conducta se despenalizó en el Código Penal de 1995, ha de darse por tanto un uso privado a los fondos , si bien para distinguir esta figura de la del artículo 432 del C.P. ha de ponerse el acento en el ánimo del sujeto activo pues cuando se trata del artículo 433 , la intención es sólo la de usar y si se trata del segundo , hay un ánimo de apropiación . Ello significa que si el destino del caudal público es una actividad municipal o de interés social o de pago de servicios realizados por una empresa privada a la Corporación Municipal por los servicios prestados no existe este delito , con independencia de las posibles irregularidades cometidas en el contrato o relación jurídica de que se trate y que podrán ser sancionadas en vía administrativa ( Así SSTS 1237/97 de 14-10 , 927/03 de 23-6 ó 155/04 de 23-12 )

En el presente caso los eventos que se han subvencionado con cargo al erario municipal han sido actividades de ocio de distintas barriadas de Sevilla dirigidas a una pluralidad de ciudadanos , no se han financiado actividades privadas con dinero público y así lo dice literalmente D.Guillermo González , Viceinterventor del Ayuntamiento y que es la persona que expuso sus objeciones a los distintos expedientes , en su declaración judicial por lo que no existe delito de malversación . Cosa distinta es que pueda cuestionarse la oportunidad de subvencionar determinadas actividades e incluso la forma procedimental de acordar las mismas o la adjudicación de los eventos , pero todos estos extremos han de ser fiscalizados y controlados por la vía administrativa ya sea a priori o a través de los respectivos recursos .

**TERCERO-** Conforme dispone el art.779.1.1ª de la LECr en relación con el art.641-1º de dicha Ley procede por tanto decretar el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones .

### **PARTE DISPOSITIVA**

**SE ACUERDA EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL Y EL ARCHIVO DE LA PRESENTE CAUSA.**

Notifíquese la presente resolución a las partes a quienes pudiera causar perjuicio.

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 en plazo de tres días y, subsidiaria o directamente sin necesidad del anterior, recurso de apelación en plazo de cinco días.

Así lo acuerda, manda y firma D. ANA ESCRIBANO MORA, MAGISTRADA-JUEZ del JUZGADO DE INSTRUCCION Nº 19 DE SEVILLA. y su partido.- Doy fe.

**DILIGENCIA.-** Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.