

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA
SALA CIVIL Y PENAL

Recurso de Apelación núm. 4/2016

Diligencias Previas núm. 1/2015

Causa Penal núm. 16/2014

A U T O n°

Presidente:

Ilmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors

Magistrados:

Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. José Carlos Iglesias Martín

En Barcelona, a 15 de noviembre de 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor, en la causa arriba referenciada, se dictó auto de fecha 13 de octubre de 2016 acordando en su parte dispositiva la apertura del juicio oral contra

el M. Hble. Sr. D. Artur Mas i Gavarró y las Hbles. Sras. D^a Irene Rigau i Oliver y D^a Joana Ortega i Alemany, en concepto de autor material el primero y de cooperadoras necesarias las dos últimas, de los hechos que se indicaban en dicho auto y que podían ser constitutivos, indiciariamente, de un delito de desobediencia grave cometido por autoridad pública del art 410.1 del C. Penal y de un delito de prevaricación administrativa del art 404 del C. Penal (en su redacción anterior a la dispuesta por L.O. 1/2015 por resultar más favorable), hallándose dichos delitos en la relación prevista en los números 1 y 2 del art 77 del citado texto legal, como concurso ideal, denegándose al propio tiempo la apertura del juicio oral contra las reseñadas personas por el delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art 433 párrafo 2º del C. Penal, del que les acusaba igualmente en su escrito de conclusiones provisionales la acusación popular, considerándose competente para el enjuiciamiento a la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

SEGUNDO.- Por el Procurador D. Rafael Ros Fernández, en representación de la Acusación Popular integrada en ejercicio conjunto por el Sindicato Profesional de Policía, Unión Federal de Policía, Asociación Arca Ibérica, D. Alberto Delgado y Sindicato Manos Limpias, se presentó en tiempo y forma recurso de apelación contra el mencionado auto de 13 de octubre de 2016 en el particular del mismo por el que se denegaba la apertura del juicio oral contra el M. Hble. Sr. D. Artur Mas i Gavarró y las Hbles. Sras. D^a Irene Rigau i Oliver y D^a Joana Ortega i Alemany por el delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 433 párrafo 2º del C. Penal, ello con base en las alegaciones plasmadas

en dicho escrito, que se dan aquí por reproducidas y que serán objeto de análisis en la fundamentación jurídica.

TERCERO.- Por el Ministerio Fiscal y por el Procurador D. Jaume Guillem i Rodríguez, en representación de D. Artur Mas i Gavarró, D^a Irene Rigau i Oliver y D^a Joana Ortega i Alemany, se presentaron escritos formulando oposición al recurso articulado por la Acusación Popular, al amparo de las alegaciones contenidas en uno y otro, las que se dan igualmente por reproducidas.

CUARTO.- Por Diligencia de Ordenación del Letrado de la Administración de Justicia, de 3 de noviembre de 2016, se acordó la incoación de rollo de recurso de apelación, se dispuso que dado que algunas de las partes habían designado como particulares la totalidad de la causa, quedase el original de la misma disposición de la Sala de recursos en la Secretaría para su examen en lo que fuera menester y se designó la composición del Tribunal y Magistrado-Ponente atendidas las normas de reparto que lo rigen, señalándose para la deliberación y votación del recurso el día 14 de noviembre del año en curso.

Ha sido Magistrado Ponente de la presente resolución el Ilmo. Sr. D. José Carlos Iglesias Martín, quién expresa la opinión unánime de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se alza la Acusación Popular, integrada en ejercicio conjunto por el Sindicato Profesional de Policía, Unión Federal de Policía, Asociación Arca Ibérica, D. Alberto Delgado y Sindicato Manos Limpias, contra el particular del auto dictado en fecha 13 de octubre de 2016 por el que el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor denegó la apertura del juicio oral contra el M. Hble. Sr. D. Artur Mas i Gavarró y las Hbles. Sras. D^a Irene Rigau i Oliver y D^a Joana Ortega i Alemany por el delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 433 párrafo 2º del C. Penal que en su escrito de conclusiones provisionales les atribuyó dicha parte, junto a los delitos de desobediencia a mandato judicial del art. 410.1 del C. Penal y prevaricación de su art. 404.

Dicho pronunciamiento de la reseñada resolución era el único susceptible de ser cuestionado por el cauce del recurso articulado, tal como ya se dispuso en la parte dispositiva del mismo, en consonancia con el tenor del art. 783.3 de la L.E.Criminal que veda la posibilidad de recurrir el auto que acuerde la apertura del juicio oral, excepto en lo relativo a la situación personal.

SEGUNDO.- El análisis del recurso articulado pone de manifiesto que la parte apelante, discrepando con la valoración que efectuó el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor, considera que el resultado arrojado por la instrucción judicial ha acreditado, al nivel indiciario exigible en la fase del procedimiento en que se dictó el auto apelado, que los investigados D. Artur Mas i Gavarró, D^a Irene Rigau i Oliver y

D^a Joana Ortega i Alemany desarrollaron una conducta constitutiva del delito de malversación de caudales públicos tipificado en el art. 433.2 del C. Penal, lo cual debería llevar a revocar el pronunciamiento apelado en el particular por el que se denegó la apertura del juicio oral por dicha infracción penal, proyectando a ella la apertura acordada respecto de los delitos de desobediencia grave cometida por autoridad pública y prevaricación administrativa.

Tal pretensión se hace descansar en que, a juicio de los recurrentes, resultaba erróneo el razonamiento del Instructor. Conforme a éste, los fondos que hubieron de desembolsarse como consecuencia del llamado proceso de participación ciudadana para que los catalanes, catalanas y personas residentes en Cataluña opinaran sobre el futuro político de dicha Comunidad el 9 de noviembre de 2014, cuyo coste total ascendió, en valoración de dicha parte apelante a 4.710.510'09 euros, fueron consecuencia de servicios contratados con anterioridad a la suspensión de la consulta por el TC, habiéndose habilitado para su pago las correspondientes partidas con anterioridad a la convocatoria del citado proceso participativo, aun cuando en gran parte fueran satisfechas con posterioridad, excluyendo ello el planteamiento de la acusación popular (consistente en que los fondos públicos no fueron destinados a una función pública ni a un fin lícito y sí a la celebración de un acto ilegal), ya que, conforme siguió razonando el Instructor, se aprobaron y se concertaron con anterioridad a la suspensión decretada por providencia de 4 de noviembre del TC de la convocatoria del llamado proceso de participación ciudadana, sin que el hecho de que dispusieran (los investigados) de recursos financieros sin suspender su pago tras la prohibición acordada por

el TC, satisfaga las exigencias del tipo penal del art 433.2 del CP, al haber sido concertados los contratos y ser exigibles por los terceros con concierto vigente, con anterioridad a la suspensión acordada por el TC.

Y la discrepancia con el criterio judicial apuntado la centró la acusación popular en las siguientes razones:

*La contratación con terceros se produjo en el ámbito de contratos marco de prestación de servicios generales (en la mayoría de ellos) que posteriormente se cubrían con necesidades específicas "a demanda", facturándose por lo tanto conforme al servicio contratado y ejecutado realmente, ejecutándose los trabajos facturados con posterioridad a la suspensión de la consulta mediante la Providencia de 4 de noviembre.

*En todos y cada uno de los contratos celebrados para la realización de la consulta se preveía la resolución del contrato o la suspensión de su ejecución, siendo principio general de Derecho que las circunstancias sobrevenidas no imputables a las partes contratantes pueden modificar los términos del contrato.

*Que la contratación se efectuase antes de la suspensión y que pudiera exigirse su cumplimiento no excluía la malversación del dinero público. La conducta no reprochable hubiera sido suspender dichos contratos, sin perjuicio de aplicar las cláusulas indemnizatorias a terceros que estaban previstas en ellos.

*La cesión de los 2000 ordenadores para realizar la votación era una verdadera malversación, independientemente de cuando fueron comprados, ya que fueron utilizados para un fin distinto de la función pública, tratándose de una cesión ilegal.

*A mayor abundamiento, la vigencia de las normas que “autorizaban” las contrataciones habían sido suspendidas en septiembre por el TC, quien mediante sendas providencias de 29 de septiembre de 2014 suspendió la vigencia de determinados preceptos de la Ley Autonómica 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y de otras formas de participación ciudadana, así como el Decreto 129/2014 de “consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña”, con lo cual los contratos suscritos con el CTTI con anterioridad al 4 de noviembre carecían de base legal habilitadora, no siendo precisa la suspensión del TC de la consulta del 9 N para entender que no se podía realizar la misma.

TERCERO.- Tal como establece reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (por todas STS 696/2013, de 26 de septiembre), el delito de malversación de caudales públicos tiene como presupuestos: **a)** La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; **b)** una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; **c)** los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva

incorporación al erario público; y **d)** sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga- lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales (STS 310/2003, de 7 de marzo).

El tipo penal se consuma, pues, con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del Órgano público.

En conclusión, lo importante será que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (SSTS 30.11.94 y 19.09.01). Tener a su cargo significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones (STS 1368/99 de 5 de octubre).

Existe consenso en la doctrina en que mediante el delito de malversación de caudales públicos se tutela tanto la integridad del patrimonio público como el interés en la observancia de la fidelidad de los funcionarios en la custodia de los caudales o efectos públicos, línea compartida por nuestro Alto Tribunal que, por ejemplo en sentencia de 21 de julio de 2005, nº 986/2005, dispuso que el delito de malversación quiso tutelar no sólo el patrimonio publico sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos, así como la confianza del publico en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen. De ahí que esta disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (SSTS 31.1.96 y 24.2.95).

CUARTO.- Hechas las anteriores consideraciones generales sobre el delito de malversación de caudales públicos, debe indicarse sin más dilación que en el caso de autos, quien se alza contra la negativa a abrir juicio oral por dicha figura delictiva, dedujo acusación contra D. Artur Mas i Gavarró, D^a Irene Rigau i Oliver y D^a Joana Ortega i Alemany atribuyéndoles la autoría de la modalidad de malversación prevista y penada en el art. 433.2 del C. Penal, precepto que sanciona como típica penalmente la conducta de la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, contemplándose en el párrafo segundo de la norma una agravación de la pena, igualándola a las previstas en el artículo anterior, para el caso de que el culpable no

reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes a la incoación del proceso.

Una primera consideración debe hacerse. El hecho de que en el artículo descrito se haya omitido el término “públicos”, no obstará, dado el contexto del precepto, a que los caudales o efectos, que integrarán el objeto material de la conducta, deban ostentar tal cualidad.

En tal sentido, por “caudales o efectos públicos” viene entendiéndose no solo el metálico ya que el concepto de penal de “caudales” es mucho más amplio, considerando la Jurisprudencia que dentro del mismo cabe incardinar “todo capital, hacienda, patrimonio, fondo, cosa o bien, de cualquier condición, fungible o no y susceptible de apreciación económica o valor, con tal que pertenezca dominicalmente al erario público”.

La conducta tipificada en el artículo por el que la acusación popular persigue se abra juicio oral junto a los delitos de desobediencia grave cometida por autoridad pública y prevaricación administrativa, consiste en aplicar a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos. Exigirá ello que medie apartamiento de los caudales o efectos de la atención pública a la que estuvieren asignados, **al objeto de destinarlos a una utilidad propia o ajena**. Dicho de otro modo, el comportamiento típico se caracterizará por la separación de los caudales de su función pública por un periodo de tiempo y **su aplicación durante él a una atención privada**, ya del propio funcionario, ya de un tercero.

Con alguna mínima disidencia dentro de la doctrina, se viene entendiendo de forma mayoritaria que el cumplimiento de la conducta castigada por el art. 433 del C. Penal requiere que el

sujeto activo se proponga que la separación de los caudales de su destino público se prolongue tan sólo durante un limitado periodo de tiempo, siendo la voluntad de incorporación definitiva al patrimonio del sujeto para su utilización por él o por un tercero, incompatible con las características definidoras de la conducta tipificada en el reseñado art. 433 del C. Penal.

Así lo ha venido entendiendo de forma unánime la Sala Segunda del TS al disponer que lo peculiar del tipo del art. 396 --del C. Penal de 1973, concordante con el art 433 del C. Penal de 1995-- estriba en la ausencia de ánimo de apropiación en el funcionario. La aplicación de esta forma de malversación está condicionada a que el agente se limite a usar los efectos o caudales públicos, pero sin intención de quedárselos para sí o de que los sustraiga un tercero (STS de 30 de noviembre de 1994). La diferenciación entre sustraer caudales, de un lado, y aplicar a usos propios o ajenos dichos caudales y efectos, de otro, dependerá de la concreta intención que inspire la actuación del agente. Si la misma fuese la de definitiva apropiación, se consumará el delito del art. 432 del C. Penal, ya que el "animus rem sibi habendi" constituye el objeto de dicho delito. Si, por el contrario, únicamente se pretendió el uso más o menos duradero, primará la malversación del art. 433.

De la descripción de la conducta típica resulta indiscutible que para que se de la misma será ineludible que los caudales se destinen a usos ajenos a la función pública, de modo que si los mismos se destinasen a una función pública distinta a aquella a la que debieran servir, no se incurrirá en el delito del art. 433. Se estaría ante un comportamiento atípico, ello tanto si los caudales se destinasen durante un corto periodo de tiempo a función pública distinta de la que les correspondiere, como en el caso de que lo fueran de forma

permanente. En tal sentido, la STS de 15 de febrero de 1998 dispuso que: "ha desaparecido el tipo penal contemplado en el art. 397 del C.P. de 1973 para el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, pero ello no quiere decir que dicha conducta haya quedado enteramente incardinada en el art 433 del C.P. de 1995, ya que su ámbito es mucho más restringido, pero, en todo caso, mantiene el requisito de que el destino sea para usos ajenos a la función pública".

En definitiva, **la tipicidad penal del uso de los caudales o efectos públicos descansará en que los mismos se empleen en usos particulares, bien del propio sujeto malversador, bien de un tercero.**

QUINTO.- Proyectando al caso concreto de autos las consideraciones precedentemente expuestas, la Sala debe compartir y, en consecuencia, confirmar, el criterio del Magistrado Instructor relativo a la inexistencia de base jurídica para extender la apertura del juicio oral al delito de malversación de caudales públicos que la acusación popular atribuye a los acusados en su escrito de calificación provisional.

No cabe hacer cuestión de que la preparación, organización y desarrollo de la votación que en último término tuvo lugar el día 9 de noviembre de 2014 (siguiendo incluso durante los días ulteriores hasta el 25 de noviembre) contraviniéndose así indiciariamente la suspensión cautelar acordada por el TC mediante providencia de 4 de noviembre de 2014 del denominado proceso de participación ciudadana para que los catalanes, catalanas y personas residentes

en Cataluña opinaran sobre el futuro político de dicha Comunidad Autónoma, generó un gasto público nada desdeñable, derivado en esencia de contratos administrativos con empresas privadas en orden a que las mismas desarrollaran diversos trabajos tendentes a posibilitar la votación programada, gasto que cifró la Acusación Popular en 4.710.510'09 euros.

Entiende sin embargo la Sala, compartiendo el criterio sustentado por el M. Fiscal al oponerse al recurso que se analiza, que dicho gasto público no puede servir de base al delito de malversación de caudales públicos por el que se formuló acusación y no lo puede hacer por cuanto al financiarse con fondos públicos los gastos generados por la preparación, organización y desarrollo de la consulta del 9 de noviembre, los caudales o efectos públicos no se emplearon en usos particulares, ya de las personas a las que la acusación popular atribuye la autoría del delito, ya de terceros.

Como bien apunta el Ministerio Público, la actividad financiada con los caudales públicos objetivamente no era en sí misma, por su propia naturaleza, "ajena a la función pública". Por función pública puede entenderse la actividad que realiza el Estado u otros Entes públicos por ponerlas la ley a su cargo o por prever al menos en ella su realización, pudiendo ejecutarla tales Entes de manera directa o indirecta mediante la participación de particulares a través de contratación para obras y servicios públicos.

De ello deriva algo que, pese a ser obvio, no puede dejar de resaltarse: que unos caudales o fondos públicos terminen en poder de particulares como consecuencia de contratos que hayan suscrito con Entes públicos no supone que se haya dado a los mismos un uso particular.

El desembolso económico realizado por esta Comunidad Autónoma con motivo de la convocatoria, organización, desarrollo y, en definitiva, materialización de la votación prevista para el 9 de noviembre de 2014 en el marco del denominado proceso de participación ciudadana para manifestar su opinión sobre el futuro político de Cataluña, convocado por el Govern de la Generalitat de Catalunya, tras la incoación de diversos procedimientos administrativos encaminados a organizar dicha consulta, con las correspondientes previsiones presupuestarias del gasto, no posibilita colegir jurídicamente que a través del mismo se consumó la concreta figura del delito de malversación de caudales públicos por la que la acusación popular dedujo acusación.

No cabe sostener, a juicio de esta Sala, que mediante el gasto generado, vinculado al reseñado proceso participativo, fruto de previsiones presupuestarias, con procedimientos conducentes a la aprobación y ejecución del gasto público, mediase separación de los caudales de su función pública por un periodo de tiempo y su aplicación durante él a una atención privada, ya del propio funcionario, ya de un tercero, insistiéndose en que **el delito no se cometerá por el mero hecho de que los caudales se destinen a una función pública distinta a aquella a la que debieran servir**. Y siendo ello así, la mera referencia efectuada por el recurrente a que se dio a los caudales públicos un uso distinto al que les era propio resultará, conforme a lo dicho, insuficiente para llenar las exigencias del tipo objetivo, y no las podrá cubrir, por cuanto **“distinto” no es sinónimo o concepto asimilable a “ajeno a la función pública”**.

Que el TC suspendiera mediante providencia de 4 de noviembre de 2014 los actos impugnados por el Gobierno del Estado, así como las

restantes actuaciones de preparación de la consulta fijada para el 9 N ó vinculadas a ella y, presuntamente, pese a dicha suspensión, se continuase con su desarrollo, prestándose servicios y realizándose trabajos en el periodo en que se había suspendido cautelarmente tal consulta, no determina que se diera a los caudales un destino “ajeno a la función pública”.

SEXTO.- Aun cuando lo que acaba de razonarse sería por si suficiente para desestimar el recurso que se analiza, no pueden dejar de hacerse otras consideraciones que coadyuvarán a dicho resultado.

Los gastos relacionados con la votación del 9 N se comprometieron con anterioridad al dictado de la Providencia de 4 de noviembre por la que el TC suspendió los actos impugnados por el Gobierno del Estado, así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella. Al contratarse el servicio y comprometerse el gasto cuando no se había producido la suspensión reseñada, parece fuera de toda duda que el citado compromiso, en el momento en que se asumió, era lícito.

Pone el acento la parte apelante en el hecho de que la contratación con terceros se produjo en el ámbito de contratos marco de prestación de servicios generales (en la mayoría de ellos) que posteriormente se cubrían con necesidades específicas “a demanda”, facturándose, por lo tanto, conforme al servicio contratado y ejecutado realmente, realizándose los trabajos facturados con posterioridad a la suspensión de la consulta mediante la providencia de 4 de noviembre, añadiendo que en todos y cada uno de los contratos se preveía su resolución o la

suspensión de su ejecución, siendo principio general de Derecho que las circunstancias sobrevenidas no imputables a las partes contratantes pueden modificar los términos del contrato, concluyendo que la conducta no reprochable hubiera sido suspender dichos contratos, sin perjuicio de aplicar las cláusulas indemnizatorias a terceros que estaban previstas en ellos.

Frente al loable esfuerzo argumental del recurrente cabe indicar que el auto por el que el Juez de Instrucción acomoda la causa a las reglas del Capítulo IV, Título II del Libro IV de la LECrim, cumple, entre otras finalidades o funciones, la de fijar los hechos indiciariamente punibles que resulten de la investigación acometida e identificar a la persona o personas a las que cabe imputárselos (art 779.1.4ª), delimitando la legitimación pasiva y el objeto del proceso y constituyendo, en definitiva, un filtro procesal que evita acusaciones sorpresivas e infundadas, de manera que sólo contra quienes sufran la imputación formal en dicho auto y por los hechos recogidos en el mismo, podrán las acusaciones dirigir la acusación, sin perjuicio de la facultad que compete indudablemente a éstas para efectuar la calificación jurídica concreta que estimen procedente en derecho, lo que no implica que necesariamente deba abrirse juicio oral por los delitos, o por todos, que relacionen las partes acusadoras en sus escritos de calificación, dado que el art 783.1 del mencionado texto legal obliga al Juez a acordar el sobreseimiento que correspondiera conforme a los artículos 637 y 641 si estimare que concurre el supuesto del nº 2 del art. 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado.

Y el matiz expuesto no deja de tener su importancia si se tiene en cuenta que en el auto de acomodación procedimental que el Magistrado Instructor dictó en fecha 28 de junio de 2016 acordando continuar la causa conforme a lo previsto en los artículos 780 y siguientes de la LECrim contra el Sr. Artur Mas i Gavarró y las Sras. Irene Rigau i Oliver y Joana Ortega i Alemany, por los presuntos delitos de desobediencia y prevaricación administrativa, además de acotarse la investigación al intervalo temporal que medió entre el dictado de la providencia del TC de 4 de noviembre de 2014 y la celebración de la consulta el día 9 de noviembre de ese mismo año y la lectura de los resultados que tuvo lugar ese día y los siguientes, ninguna mención o referencia hay a la concreta naturaleza de la contratación con empresas privadas que prestaron servicios para la preparación, organización y desarrollo de la votación que tuvo lugar el 9 N, particularmente a que se hubiese pactado que se facturase conforme al servicio contratado y ejecutado realmente, así como que en cada uno de los contratos se contemplase su resolución o la suspensión de su ejecución.

Y habiendo sostenido igualmente la parte apelante que la vigencia de las normas que "autorizaban" las contrataciones había sido suspendida ya en septiembre de 2014 por el TC, quien mediante sendas providencias de 29 de septiembre de 2014 suspendió la vigencia de determinados preceptos de la Ley Autonómica 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y de otras formas de participación ciudadana, así como el Decreto 129/2014 de "consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña", con lo cual los contratos suscritos con el CTTI con anterioridad al 4 de noviembre carecían de base legal habilitadora, no siendo precisa la suspensión del TC de la consulta

del 9 N para entender que no se podía realizar la misma, forzoso será incidir en que el auto de acomodación procedimental delimita los hechos indiciariamente delictivos con base en los cuales las partes acusadoras podrán formular sus pretensiones punitivas, insistiéndose en que el Magistrado Instructor los acotó al periodo temporal comprendido entre el dictado de la providencia del TC de 4 de noviembre de 2014 y la celebración de la consulta el día 9 de noviembre de ese mismo año y la lectura de los resultados que tuvo lugar ese día y los siguientes. En consonancia con ello, abocada al fracaso habrá de estar cualquier pretensión de que se aperture el juicio oral por hechos acaecidos con anterioridad al 4 de noviembre de 2014, con lo cual, si los contratos con las empresas privadas se otorgaron previamente a dicha fecha, inviable será sustentar la comisión de un delito de malversación de caudales públicos en el propio hecho de la contratación, por mucho que el recurrente considerase que tales contratos carecían de base legal.

Pero es que, como acertadamente destaca el M. Fiscal al impugnar el recurso, no cabe hablar en rigor de que lo que se vulneró fuese la suspensión acordada por el TC en el mes de septiembre. Los hechos indiciariamente típicos que motivaron la imputación formal al Sr. Artur Mas i Gavarró y a las Sras. Irene Rigau i Oliver y Joana Ortega i Alemany contenida en el auto de acomodación procedimental derivaron de la presunta desatención a la suspensión ordenada con carácter cautelar por el TC en providencia de 4 de noviembre de 2014. Además de ello, lo que fue objeto de convocatoria en octubre de 2014 y suspendido el 4 de noviembre siguiente, fue distinto de lo que había sido convocado y suspendido en el mes de septiembre de ese mismo año. De haber sido lo mismo, innecesaria habría sido la suspensión decretada por la

providencia del TC de 4 de noviembre. Con acierto afirma el Ministerio Público que las actividades de preparación de una y otra actuación eran distintas e independientes, sin que la suspensión de septiembre pudiera extenderse a algo distinto que se hizo para preparar lo que luego, por sus propios méritos, fue suspendido en noviembre.

Por último, cabe indicar que el hecho de que los 2000 ordenadores adquiridos para ser utilizados en la consulta fueran ulteriormente cedidos a centros educativos, tampoco constituirá elemento indiciario de la comisión del delito que se viene analizando. Si, conforme a lo que ha quedado razonado, el gasto generado por la adquisición de dichos bienes no puede merecer la condición de gasto ajeno a la función pública, habiendo sido además consecuencia de una contratación previa a la suspensión acordada por el TC, considerar que la cesión ulterior de tales ordenadores a la comunidad educativa para ser utilizados por quienes cursaban estudios, sirviendo en definitiva de instrumentos favorecedores de su desarrollo intelectual, pugnaría con la más elemental lógica jurídica. No tendría sentido que si los ordenadores, tras la consulta, hubieran quedado, por ejemplo, depositados en un almacén no hubiera mediado malversación de los caudales públicos y, sin embargo, se entendiera perpetrado dicho delito por el simple hecho de que aquéllos se cedieran a la comunidad educativa.

En definitiva, ajustándose la valoración de la Sala al ámbito estrictamente jurídico, deberá rechazarse la pretensión de la acusación popular de que el juicio oral se abra igualmente por el delito de malversación de caudales públicos.

SÉPTIMO.- Corolario de lo razonado será la desestimación del recurso cuyas costas procesales se declaran de oficio.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA, integrada por los Magistrados designados en el encabezamiento, ACUERDA:

SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Rafael Ros Fernández, en representación de la Acusación Popular constituida por el Sindicato Profesional de Policía, Unión Federal de Policía, Asociación Arca Ibérica, D. Alberto Delgado y Sindicato Manos Limpias, contra el auto de 13 de octubre de 2016 dictado por el Magistrado Instructor en el particular del mismo por el que se denegaba la apertura del juicio oral contra el M. Hble. Sr. D. Artur Mas i Gavarró y las Hbles. Sras. D^a Irene Rigau i Oliver y D^a Joana Ortega i Alemany por el delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 433 párrafo 2º del Código Penal, **CONFIRMÁNDOSE** íntegramente dicha resolución y declarándose de oficio las costas procesales devengadas en la sustanciación del referido recurso.

Notifíquese el presente auto, contra el que no cabe recurso ordinario alguno, al Ministerio Fiscal, a la parte recurrente y demás partes personadas, remitiéndose copia certificada del mismo al Magistrado Instructor para su conocimiento y efectos oportunos, y archívese este rollo previas las oportunas anotaciones en los libros de su razón.

Así lo acuerdan, ordenan y firman en el día de la fecha los Magistrados identificados en el encabezamiento.

DILIGENCIA.- Seguidamente se da cumplimiento a lo acordado; doy fe.