

SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO

DEPARTAMENTO SEGUNDO

Acción Pública nº B-4/17

AL DEPARTAMENTO

El Fiscal, evacuando el trámite que le ha sido conferido por medio de diligencia de ordenación de fecha 16 de junio de 2017, DICE:

PRIMERO. En un extenso y elaborado escrito, la Abogada de la Generalitat de Catalunya, de fecha 13 de junio de 2017, interesa el archivo de las actuaciones de acuerdo con los artículos 46.2 y 56.3 de la LFTCu, por considerar que los hechos relatados por las asociaciones denunciantes, manifiestamente, no revisten caracteres de alcance ni de malversación contable.

SEGUNDO. Conviene señalar que la Sala de Justicia de este Tribunal ha venido interpretando reiteradamente (entre otros, Autos 3/2012, de 28 de febrero, y 7/2012, de 28 de marzo) el artículo 46.2 de la LFTCu como un incidente de archivo cuya finalidad es rechazar *a limine* aquellas denuncias que versen sobre hechos que manifiestamente no revistan los caracteres de alcance.

El archivo de las actuaciones en la fase de Diligencias Preliminares, en la que ni siquiera se ha procedido a llevar a cabo una investigación de los hechos, únicamente procede cuando de una manera manifiesta los hechos denunciados no revistan los caracteres de alcance, sin que se pueda entrar a realizar ningún tipo de valoración, en cuanto no cabe en dicha fase, previa al enjuiciamiento contable, e incluso a la instrucción, entrar a conocer el fondo del asunto, lo que supondría prejuzgar el fallo que posteriormente pudiera dictarse una vez tramitado, con todas las garantías, el oportuno juicio contable.

De acuerdo con esta doctrina, **no cabe el archivo ex artículo 46.2 de la LFTCu si las cuestiones planteadas son inherentes a la gestión de fondos públicos, a infracciones del ordenamiento jurídico presupuestario, y a un posible menoscabo del erario público debido a la adopción de decisiones de gasto y pago que pudieran haber carecido del suficiente respaldo normativo** (Auto Sala de Justicia de 16 de septiembre de 2015).

Precisamente, estas cuestiones son las que plantean los denunciantes en su detallado escrito, que bien merecen su investigación y examen desde el punto de vista de la responsabilidad contable, que es el que compete a esta jurisdicción de manera exclusiva y excluyente, donde se enjuician pretensiones distintas a las deducidas en otras jurisdicciones (penal o contencioso-administrativa).

En la presente jurisdicción no se va a dilucidar la culpabilidad de los posibles responsables contables, que, por otra parte, en estos momentos no están determinados, bajo fundamentos extraídos de la ciencia penal, ni se van a analizar los problemas que plantea la tipicidad de dicho ordenamiento.

Sin embargo, sí resulta obligado partir de los hechos probados, tal y como han sido fijados en la sentencia firme del Tribunal Supremo (Sala 2ª), de fecha 22 de marzo de 2017.

Impedir la investigación ante los indicios expuestos por los denunciantes, apoyados en datos objetivos, parece inadecuado y contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.

TERCERO. El propio Tribunal Constitucional afirma taxativamente que el alcance de la previsión del artículo 122 del Estatuto de Autonomía de Catalunya "ha sido circunscrito por la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 69, a las consultas no referendarias", si bien "en todo caso el ejercicio de la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña para regular las consultas no referendarias está sujeto a

determinados límites”, entre ellos destaca que “queda fuera de la competencia autonómica formular consultas, aun no referendarias, que incidan “sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente y que resultan sustraídas a la decisión de los poderes constituidos(...)” (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ4).

CUARTO. La STS nº 177/2017, Sala 2ª, de 22 de marzo de 2017, refiere el tenor literal de la providencia de 4 de noviembre de 2014 del Pleno del Tribunal Constitucional, donde expresamente se “*acuerda suspender los actos impugnados (**desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición, para las partes del proceso y desde su publicación el en el Boletín Oficial del Estado para los terceros**), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella*” (la letra negrita es nuestra).

Por tanto, para las partes en el proceso constitucional los efectos suspensivos de la providencia tienen lugar desde el día 31 de octubre de 2014, con las consecuencias que ello comporta sobre los gastos realizados con ocasión del *proceso de participación ciudadana*.

El hecho nº 9 de la citada STS, de 22 de marzo de 2017, afirma que “*D. FRANCESC HOMES I MOLIST formaba parte del Gobierno de la Generalitat, en su condición de Consejero de la Presidencia y Portavoz. Era el máximo responsable de los Servicios Jurídicos, así como de la coordinación interdepartamental y encargado de la publicidad institucional. En esa condición, **como parte integrante de una estrategia de desatención y rechazo al mandato del Tribunal Constitucional** - que había acordado la suspensión de las actuaciones impugnadas por el Gobierno de la Nación-, **omitió toda orden que habría permitido paralizar el proceso e impulsó actuaciones que contribuyeron de forma decisiva a su realización**. La aportación del acusado fue sólo una parte de una acción concertada en la que pudieron tener participación otros*

responsables gubernamentales no aforados a esta Sala y que, por tanto, no son objeto de enjuiciamiento. Lo cierto es que **la orden de suspensión** de las actividades asociadas al llamado proceso de participación, emanada del Tribunal Constitucional y activada como consecuencia del efecto legal asociado a la admisión a trámite del recurso promovido por el Gobierno de la Nación, **fue contumazmente desoída**. Todo ello en el contexto de un acuerdo concertado entre el acusado y otros responsables políticos de la Generalitat dirigido a privar de toda eficacia vinculante a la orden de suspensión contenida en la tantas veces mencionada providencia de 4 de noviembre de 2014.

En el específico ámbito de su competencia, el acusado D. FRANCESC HOMS I MOLIST desarrolló actividades sólo explicables por su inamovable voluntad de convertir la providencia de suspensión en un enunciado carente de toda fuerza ejecutiva. Era conocedor de la orden de paralización emanada del Tribunal Constitucional, orden que había sido oficialmente notificada en los términos ya expresados en el anterior apartado y que motivó que en una reunión del Consejo de Gobierno de la Generalitat se valorara políticamente su alcance y decidiera la formalización de un recurso de súplica y subsidiaria aclaración. Su condición de jurista le hacía conocedor de su deber de no activar aquello que había sido objeto de prohibición expresa por el Tribunal Constitucional. Pese a todo -a diferencia del acatamiento de la anterior orden de paralización que se contenía en la providencia de fecha 29 de septiembre de 2014, dictada por el mismo Tribunal con ocasión de la impugnación por el Gobierno de la convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña-, **el acusado puso el espacio competencial que le correspondía como Consejero de la Presidencia y portavoz del Gobierno al servicio del compartido propósito de llevar adelante lo que pasó a denominarse proceso de participación ciudadana**

La estrategia a la que se sumó el acusado D. FRANCESC HOMES, concertada con otros responsables políticos que no quedan afectados por esta resolución, incluía la adopción de decisiones dirigidas a enmascarar la realidad del proceso, haciendo descansar la iniciativa de esas decisiones en la supuesta espontaneidad de unos voluntarios que actuarían al margen de todo apoyo oficial. **El acusado tuvo un papel decisivo en la aportación de los medios materiales y de la infraestructura indispensable para hacer realidad lo que había sido objeto de suspensión expresa por el Tribunal Constitucional.**

En los días inmediatamente anteriores a la celebración de la consulta, concretamente durante los días 7 y 8 de noviembre, la empresa T-SYSTEMS, conforme a lo que le había sido encargado por el CTTI, entregó las aplicaciones informáticas que resultaban indispensables para el desarrollo de la votación. A su vez esas aplicaciones fueron puestas a disposición de otra entidad privada que procedió a su instalación en los ordenadores recién adquiridos para proporcionar cobertura al proceso.

Responsables ejecutivos de la empresa T-SYSTEMS, una vez conocida por los medios de comunicación la providencia del Tribunal Constitucional que ordenaba la suspensión de las actividades relacionadas con el llamado proceso de participación, se dirigieron formalmente al CTTI, haciendo llegar por carta a su director gerente las dudas suscitadas en la empresa acerca del efecto que esa suspensión podía acarrear en los trabajos contratados. En esa misiva se interesaba una rápida respuesta «...en tanto que este es un asunto sensible para nuestra organización, comprometida con el cumplimiento estricto de la legalidad al tiempo que con una excelente prestación de servicios». **El acusado D. FRANCESC HOMES, conocidas las dudas de la empresa contratada para prestar apoyo informático, hizo llegar al Consejero de Empresa y Empleo (Conseller d'Empresa i Ocupació) su respuesta,**

aclarando que «...los servicios o las actividades relacionadas por (T-SYSTEMS) en su carta de 4 de noviembre no están explícitamente afectados por la providencia dictada por el Tribunal Constitucional el día 4 de noviembre de 2014». Ese mensaje, del que se dio traslado a la dirección de T-SYSTEMS en carta fechada el día 6 de noviembre, se completaba con la puesta a disposición del CTTI de los Servicios Jurídicos de la Generalitat, con el fin de ejercer ante los Tribunales las acciones que pudieran resultar procedentes para el caso en que algunos de los trabajos pactados llegara a ser incumplido. Ese mensaje fue determinante de que la empresa informática decidiera continuar con los trabajos.

La tarea asumida por T-SYSTEMS –una vez recibida la respuesta oficial del acusado que recordaba las responsabilidades jurídicas contraídas por la empresa- resultó definitiva para el desarrollo de las actividades suspendidas por el Tribunal Constitucional. De hecho, había recibido el encargo de elaborar los tres programas informáticos que harían posible la emisión y el recuento de votos. Dos de ellos fueron instalados en los ordenadores portátiles adquiridos por la Generalitat y que se distribuyeron por las distintas mesas de votación. Su puesta en funcionamiento permitió registrar a los participantes conforme depositaban su papeleta y consignar informáticamente los resultados de cada mesa. El tercer programa tenía como destinatario al CTTI, que se convirtió en el centro de recogida de datos para su posterior escrutinio y tratamiento.

En los días inmediatamente anteriores al desarrollo de la votación, se desplegó una intensa actividad administrativa, controlada y dirigida por el acusado. Éste, con el apoyo de otros responsables políticos ahora no enjuiciados, hizo posible que se impartiera en la sede del CTTI un curso acelerado de formación a aquellos voluntarios que iban a encargarse del recuento de votos. Permitted también que la empresa

FUJITSU –a través de otras entidades subcontratadas- instalara en los 7.000 ordenadores los tres programas informáticos a los que antes hemos hechos referencia. Adoptó las prevenciones necesarias para que fueran instalados por FUJITSU en el CTTI todos los medios materiales precisos para el recuento y procesamiento de datos. Se habilitó un call center para comunicar todas las incidencias que fueran produciéndose a lo largo de la jornada. Además de la infraestructura que hizo posible la transferencia de información, la empresa FUJITSU se encargó de instalar –con el apoyo de otras empresas informáticas subcontratadas- las computadoras en los distintos centros en los que se habían habilitado mesas de votación, comprobando con carácter previo su plena operatividad.

También dentro del ámbito de decisión del acusado, el Departamento de Presidencia contrató con la empresa FOCUS S.A –que a su vez subcontrató con FIRA DE BARCELONA-la puesta en marcha del Pabellón Italiano de Montjuic, que fue habilitado como centro internacional de prensa, lugar desde el que el Vicepresidente daría a conocer los resultados.

Las obras de montaje se desarrollaron los días 7 y 8. Concluida su misión durante la jornada del día 9, fue desmontado al día siguiente.

*En el desarrollo de las actividades de contratación indispensables para llevar a efecto las actividades que fueron objeto de suspensión por el Tribunal Constitucional, **el acusado D. FRANCESC HOMES** arbitró los medios necesarios para hacer posible el reparto masivo de la correspondencia oficial necesaria para la efectividad de la consulta. A tal fin la Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions de la Generalitat, integrada en la estructura orgánica de la Secretaría del Gobierno del Departamento de la Presidencia, adjudicó el contrato a la entidad mercantil UNIPOST, empresa a la que fueron cedidos previamente los datos contenidos en*

un fichero temporal de titularidad pública. Ese reparto de publicidad e información institucional se prolongó en días posteriores al 4 de noviembre, con pleno conocimiento por parte del acusado de que estaba infringiendo la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional.

*El Departamento de Presidencia adjudicó a la entidad MEDIA PLANNING GROUP la campaña publicitaria necesaria para la difusión del proceso. Se trataba de insertar anuncios oficiales en medios de comunicación, Internet, pantallas de cine, autobuses y marquesinas. La campaña dio sus primeros pasos en los últimos días del mes de octubre y **se prolongó incluso después de la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional.** Ello fue posible por la pasividad del acusado que, siendo consciente del alcance de la prohibición, omitió toda actuación tendente a acatar la resolución de la que tenía pleno conocimiento.*

En la misma línea de contumaz rechazo a la providencia del Tribunal Constitucional, el acusado FRANCES HOMS remitió una carta al Consell de l'Audivisual de Catalunya (CAC) en la que, ratificando comunicaciones previas en el mismo sentido cursadas por el Secretari de Comunicació del Govern, denunciaba la negativa de algunas emisoras nacionales –ONDA CERO, CADENA SER y COPE- a insertar gratuitamente anuncios referidos a la participación en el proceso.

La celebración de esa consulta el día 9 de noviembre es un hecho notorio. Su desarrollo fue posible, entre otras razones, por la pertinaz actuación del acusado, que impulsó todo aquello que resultaba necesario para su ejecución y, paralelamente, omitió las actuaciones que le eran exigible y que, de haberlas adoptado, habrían permitido dar cumplimiento a lo proveído por el Tribunal Constitucional. Con fecha 11 de junio fue dictada por el Tribunal Constitucional la sentencia 138/2015. Esta resolución fue el desenlace del proceso de

*impugnación promovido por el Gobierno de la Nación, en cuyo ámbito se había dictado la tantas veces citada providencia de 4 de noviembre de 2014, cuya imperatividad fue despreciada por el acusado. En el FJ 4º de esa sentencia, el Tribunal Constitucional razona en los siguientes términos: «...por tanto, procede declarar que **las actuaciones de la Generalitat de Cataluña preparatorias o vinculadas con la consulta convocada para el 9 de noviembre de 2014 son inconstitucionales en su totalidad, en cuanto viciadas de incompetencia, por no corresponder a la Comunidad Autónoma la convocatoria de consultas que versan sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento mismo del orden constitucional**».* Añadía el FJ 5º: «...las consideraciones anteriores determinan que deban declararse inconstitucionales por infracción del art. 122 EAC las actuaciones de la Generalitat de Cataluña relativas a la convocatoria a los catalanes, las catalanas y las personas residentes en Cataluña para que manifiesten su opinión sobre el futuro político de Cataluña el día 9 de noviembre (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado "proceso de participación ciudadana", es decir, aquellas contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html> y los actos y actuaciones de preparación, realizadas o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta» (la letra negrita es nuestra).

Ante tales afirmaciones, resulta indudable la exigencia de nombrar un Delegado Instructor, a fin de que investigue pormenorizadamente cada uno de los gastos que ha conllevado dicha actuación administrativa.

QUINTO. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, reiterados de forma clara y sin fisuras, públicos y difundidos, dada su evidente

trascendencia, permiten afirmar que la falta de competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña para convocar consultas, incluso no referendarias, que versen sobre cuestiones que afectan al orden constituido y al fundamento mismo del orden constitucional, es un hecho notorio e, indudablemente, de conocimiento indiscutible para todos aquellos que ostentan alguna responsabilidad pública y, especialmente, para aquellos que han dirigido y ejecutado el *proceso de participación ciudadana*.

SEXTO. Por todo lo expuesto, reiteramos la solicitud formulada en nuestro escrito de fecha 31 de mayo de 2017.

Madrid, 21 de junio de 2017

EL FISCAL JEFE

Miguel Ángel Torres Morato.