



Tribunal Supremo. 18/12/2008. Delito de prevaricación administrativa. Delito de estafa. Delito de falsedad en documento oficial. Sentencia absolutoria dictada por el Tribunal de instancia que es parcialmente revocada en casación. Expedientes sobre petición de permisos de trabajo en España de inmigrantes extranjeros presentados ante la Subdelegación del Gobierno, sobre los que se razona que ante iguales condiciones y en fechas próximas, unos se conceden y otros se deniegan, sin distinción alguna aparente. Resoluciones ausentes de la preceptiva motivación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil ocho.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia núm. 350/2007 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida, dictada en el Rollo de Sala núm. 22/2007 dimanante de las D. P. núm. 971/2002 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de dicha Capital, seguidas por delito de estafa, falsedad en documento oficial cometido por funcionario público y delito continuado de prevaricación contra Alonso, Carmela, Jose Augusto, Francisco, Jesus Miguel, Leonardo, Alfonso y Serafín ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR; siendo partes: el Ministerio Fiscal como recurrente, y como recurridos los acusados representados por: Alonso por el Procurador de los Tribunales Don V y defendido por el Letrado Don A, Jesus Miguel por el Procurador de los Tribunales Don E y defendido por el Letrado Don R, Serafín por la Procuradora de los Tribunales Doña G y defendido por el Letrado Don N, Jose Augusto por la Procuradora de los Tribunales Doña G y defendida por la Letrada Doña C, Francisco por el Procurador Don V y defendido por el letrado Don Don A, Alfonso por el Procurador de los Tribunales Don V y defendido por el Letrado Don A y Carmela por el Procurador de los Tribunales Don V y defendido por el Letrado Don A.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Lleida incoó D. P. núm. 971/2002 por delito de estafa, falsedad en documento oficial cometido por funcionario público y delito continuado de prevaricación contra Alonso, Carmela, Jose Augusto, Francisco, Jesus Miguel, Leonardo, Alfonso y Serafín, y una vez concluidas las remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital, que con fecha 7 de noviembre de 2007 dictó Sentencia núm. 350 que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"PRIMERO. Resulta probado y así se declara que el acusado Jesus Miguel mayor de edad y sin antecedentes penales, ocupaba el cargo de Subdelegado del Gobierno de Lleida desde el día 6 de junio de 1997. En el año 2000 se creó la Oficina Única de Extranjería de Lleida, que tenía por objeto la integración en un solo centro de gestión de los diferentes servicios encargados de la tramitación de los expedientes en materia de extranjería, y cuya jefatura recayó en el también acusado Leonardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, que fue nombrado para aquel cargo, previo concurso, el día 20 de abril de 2000. Asimismo, el

también acusado Serafín mayor de edad y sin antecedentes penales, fue nombrado como Jefe de la Dependencia del Area de Trabajo y de Asuntos Sociales el 20 de septiembre de 2001. Entre las competencias que reglamentariamente tenía atribuidas la Oficina Única de Extranjería se encontraban, entre otras, la tramitación de los informes sobre visados, permisos de trabajo y tarjetas de residencia así como la elevación de las correspondientes propuestas de resolución relativas a aquellos expedientes que debían ser autorizados o denegados por el Subdelegado del Gobierno en Lleida. Pese a la especialización de la materia, ninguna de las personas designadas para ocupar aquellas jefaturas contaban con formación específica sobre aquella materia ni con conocimientos en el ámbito de gestión de personal o de organización de la administración.

La Oficina Única de Extranjería de Lleida estaba dividida en dos áreas: el área laboral y el área gubernativa, las cuales dependían a su vez de Serafín y de Leonardo y aún cuando en el momento de su puesta en funcionamiento se mantuvo en el mismo cargo a la que hasta entonces era jefe de sección (Regina) así como las diversas jefaturas de negociado existentes, lo cierto es que se modificó sustancialmente el sistema de distribución de trabajo existente hasta aquel momento, de modo que todos los funcionarios hacían de todo, pero sin llegar a diseñar ninguna organización ni estructura administrativa que permitiera ni el efectivo control ni la supervisión de las tareas que allí se llevaban a cabo y ello pese al notable incremento que experimentó el número de expedientes que allí se tramitaban y al considerable número de funcionarios, titulares y contratados, que desempeñaban sus funciones en aquella oficina. Así mientras que el número de expedientes resueltos durante los años 2000 y 2001 oscilaron entre los 12000 y 14000, en los años siguientes se incrementaron en prácticamente el doble, hasta el punto que en el año 2002 fueron 24.955, en el 2003 26.313 y en el primer trimestre del año 2004 9.738, mientras que el número de funcionarios era inversamente proporcional a la carga de trabajo ya que junto a los 19 funcionarios titulares, que aproximadamente se mantuvieron durante aquellos años, el de contratados laborales osciló entre los 28 del año 2000 a los 8 de los años 2001 y a 2004. La falta de organización interna junto al elevado número de expedientes que se tramitaban ante aquella oficina y el retraso en la resolución de los expedientes generó una crítica constante al servicio que se dispensaba desde la Oficina Única de Extranjería.

Jesus Miguel en su condición de Subdelegado del Gobierno y en el marco de sus atribuciones, nombró el 21 de septiembre de 2001 al también acusado Alfonso, mayor de edad y sin antecedentes penales, como asesor o personal de confianza y, entre otras funciones, le encomendó la tarea de reestructurar el funcionamiento de la Oficina Única de Extranjería, pese a que también carecía de conocimientos específicos o de experiencia en la gestión de personal o de organización administrativa.

Segundo. De entre los 88.000 expedientes de la modalidad Tipo B iniciales, que se resolvieron a través de la Oficina Única de extranjería durante el periodo comprendido entre el año 2000 y el primer trimestre del año 2004, se examinaron en el curso de la instrucción un total de 8214 que habían sido resueltos favorablemente durante el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2001 al mes de marzo de 2004, y de entre éstos se analizaron detalladamente un total de 1772 de los que se encontraron 25, con diversas irregularidades en su tramitación.

Dentro de éste último temporal, el mayor número de solicitudes en la modalidad de Tipo B (iniciales) fueron las que presentaron determinadas empresas de Trabajo Temporal, como S ESPAÑA SA, A TTSA ETTT, B WORK ETT SL, R EMPLEO ETT SA así com otras empresas, como la C.G. SA, además de otras entidades. Algunos de los expedientes aprobados contaban con diversas irregularidades como la ausencia de la documentación que debía presentar la empresa contratante o el impago de las tasas correspondientes o el cambio generalizado en las condiciones ofertadas o el archivo del expediente sin ninguna resolución. En otros casos se aprobaron ofertas de trabajo que, por su propia naturaleza, no podían garantizar la continuidad contractual para el periodo solicitado, como los trabajos de poda,

debido a su carácter estacional y otros, que también se aprobaron, podían suponer la infracción de la normativa reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal, en la medida en que implicaban actividades o trabajos de riesgo para la salud, como era la de peones de la construcción.

Las solicitudes correspondientes a esta modalidad se presentaban ante la dependencia de trabajo en la que se les asignaba un número de enlace de visado (NEV) y a continuación se remitían a la Oficina Única de Extranjería, en la que se solicitaban los correspondientes informes policiales y consulares, tras lo cual el Jefe de la dependencia del Área de Trabajo y de Asuntos Sociales, Serafín, procedía a denegar o conceder el permiso de trabajo siguiendo para ello los mismos criterios que hasta entonces se habían mantenido en aquellas dependencias aunque a partir del año 2003 y ante el elevado número de solicitudes, resolvió aprobar aproximadamente la mitad de los expedientes correspondientes a empresas que tuvieran una apariencia de solvencia y capacidad de asumir al trabajador, atendiendo para ello al número de trabajadores que las empresas solicitantes tuvieran en plantilla, criterio con el que se pretendía evitar que el número de concesiones no fuera excesivamente elevado y no excediera de los porcentajes que hasta entonces se habían alcanzado.

Los expedientes tanto los que contaban con una propuesta favorable como desfavorable, se introducían en diferentes cajas o archivadores pero sin que existiera ninguna relación que permitiera su posterior control o supervisión. De este modo se trasladaban a las dependencias de la Subdelegación del Gobierno donde se pasaban a la firma de su máximo responsable Jesus Miguel. Las resoluciones dictadas en uno y otro sentido, era modelos estandarizados, sin motivación ni argumentación jurídica que expresara las concretas razones que determinarían una u otra decisión.

En algunos casos, los funcionarios encargados de la tramitación de los expedientes escribían notas manuscritas en las que se recogían las indicaciones recibidas por parte de los máximos responsables, ya fuera Jesus Miguel, Leonardo o Alfonso, así como, en determinados supuestos, el sentido de la resolución ya fuera concediéndola o estimando el recurso o bien, en otros, indicando la urgencia con la que debían tramitarse ya que alguno de ellos se habían interesado por el estado en el que se encontraban la tramitación. En estos casos, referidos a los denominamos expedientes tipo "B iniciales" no consta que el sentido de la decisión obedeciera ni a las especiales relaciones personales que pudieran existir entre los solicitantes y los máximos responsables de la Subdelegación ni a cualesquiera otros motivos espurios.

Tercero. Los trabajadores extranjeros que se encontraban en España tenían que disponer del correspondiente visado para iniciar los trámites para su regularización. Para ello debían regresar a su país de origen, solicitar un visado y, a partir de éste momento iniciar los trámites para la legalización de su situación. Tan solo estaban exentos aquellos extranjeros que, excepcionalmente, hubieran obtenido la exención de visado por alguna de las causas previstas en la Ley y en Reglamento de Extranjería, cuya concesión o denegación correspondía a Jesus Miguel, en su condición de máximo responsable de la Subdelegación del Gobierno en Lleida. Esta excepción se mantuvo a partir del año 2002, momento en que se cerró la vía ordinaria de concesión de permisos remitiendo todas las peticiones al denominado régimen de contingentes. Jesus Miguel interpretó en sentido amplio la previsión de exención de visado por desarraigo, esto es, por carecer el solicitante de vínculos personales con su país de origen y con arreglo a ello, durante el año 2001, se concedieron 393 exenciones de las 506 solicitadas, denegándose tan solo 40; en el año 2002 se concedieron 655 de las 800 que se solicitaron, denegándose 74 y en el año 2003 se concedieron prácticamente la totalidad de las 1292 que se solicitaron, denegándose tan solo 79. La causa de exención de visado por desarraigo fue suprimida por la reforma de la Ley de Extranjería realizada por la LO14/2003 que entró en vigor el 22 de diciembre de 2008.

De la totalidad de expedientes tramitados con exención de visado consta que algunos de

ellos se resolvieron con inusual rapidez y que, además, algunos de los solicitantes tenían relaciones personales, ya fuera de amistad o de simple conocimiento, con algunos de los máximos responsables de la oficina de extranjería o incluso, en algún caso, era algún funcionario de la propia Subdelegación del Gobierno quien lo obtenía pero sin que conste que en ningún caso la resolución concediéndola fuera manifiestamente contraria a la normativa reguladora de extranjería.

Cuarto. El procedimiento para la regularización de trabajadores extranjeros vigente hasta la reforma de la Ley de Extranjería operada por LO 14/2003, y que entró en vigor el 22 de diciembre de 2003, no exigía la presencia personal del empleador ni del propio extranjero solicitante ante las Oficinas de Extranjería lo que propició que en algunos casos aparecieran determinadas personas que proponían a los trabajadores extranjeros la posibilidad de tramitar la documentación necesaria para regularizar su situación llegando incluso a ofrecerles contratos u ofertas de trabajo a través de ciertas empresas. Así las cosas, el también acusado Alonso, mayor de edad y con antecedentes penales computables, aprovechó la relación de amistad que tenía con otro acusado Leonardo, al que conocía de la época en que este era inspector de policía, para saber no solo los trámites de regularización sino que, además, le permitió tener acceso y conocer personalmente a varios funcionarios, incluso a algunos de los máximos responsables de la Oficina Única de Extranjería de Lleida. Estas circunstancias fueron aprovechadas por Alonso para ofrecer a trabajadores extranjeros, ya directamente o a través de terceras personas, la posibilidad de tramitar su regularización e incluso la de proporcionarles ofertas de trabajo de empresas, propias o ajenas, cobrando por ello diversas cantidades de dinero que oscilaban entre los 100 a los 1500 euros o incluso superiores. Esta actividad era conocida por su compañera sentimental, la también acusada Carmela, mayor de edad y sin antecedentes penales, que solía acompañarle en sus viajes, y en los encuentros que mantenía con las personas que contactaban con él.

En el mes de julio de 2001 la acusada, Carmela, se encontraba en España sin permiso de trabajo ni de residencia. Aprovechando las buenas relaciones que su compañero sentimental, Alonso, mantenía con el Jefe de la Oficina Única de Extranjería, entregó en aquellas dependencias, aunque fuera de plazo, la documentación correspondiente para su regularización por desarraigo que había finalizado el 31 de julio de 2001. Entre aquella documentación figuraba una oferta de trabajo firmada por Carlos José, empresario agrícola al que conocía Alonso con anterioridad y que se había ofrecido para ayudar a Carmela en el proceso de regularización. Toda esta documentación, entre la que se encontraba la solicitud de la propia interesada fechada el 8 de agosto de 2001, se recibió en la Oficina Única de Extranjería y desde allí, siguiendo el trámite previsto, se remitió a la dependencia de trabajo en la que debía registrarse y asignarle el correspondiente número de enlace de visado. En el curso de ésta tramitación se estampó un sello de entrada que, tras ser burdamente tachado, se puso otro con la fecha 31 de julio de 2001 sin que conste el autor de aquella manipulación ni que lo hiciera por indicación directa del máximo responsable de la Oficina Única de Extranjería, Leonardo. El número de enlace de visado asignado estaba fechado el 16 de agosto de 2001 y, posteriormente, el 22 de agosto de 2001, se dictó la correspondiente resolución concediéndole el permiso de trabajo y de residencia solicitado.

Quinto. En el mes de agosto de 2001 el súbdito georgiano Ernesto contactó con una compatriota suya, la también acusada Jose Augusto, mayor de edad y sin antecedentes penales, quien le comentó que Alonso podía conseguirle rápidamente un permiso de trabajo y de residencia gracias a los contactos que aquel tenía en la Oficina Única de Extranjería de Lleida. El día 7 de septiembre de 2001, Ernesto convino con Alonso para que este le gestionara los permisos correspondientes y para ello le entregó tres fotografías, una fotocopia del pasaporte y, como primer pago, la cantidad de 150.000 pts. (900 euros), siendo que el resto se abonaría una vez se hubieran conseguido los permisos correspondientes. El día 19 de septiembre de 2001, Alonso presentó ante la Oficina Única de Extranjería de Lleida una solicitud a nombre de Ernesto con la que interesaba la concesión de un permiso de

trabajo y de residencia y a la que acompañaba una oferta de trabajo firmada por Carlos José, empresario al que conocía con anterioridad puesto que ya le había ayudado en el proceso de regularización de su compañera sentimental, Carmela.

Debido a que pasaba el tiempo y Ernesto no recibía los permisos que había solicitado, exigió a Alonso que le acompañara a conocer a alguno de los responsables de la oficina Única de Extranjería. Ante su insistencia, Alonso acompañado de Ernesto y de Jose Augusto, que hacía funciones de intérprete, se encontraron con Leonardo en una cafetería próxima a la Oficina Única de Extranjería y allí le expusieron el retraso con el que se estaba tramitando la solicitud que se había presentado. Leonardo ajeno por completo a las cantidades que Alonso había recibido por llevar a cabo aquellas gestiones, simplemente, les dijo que se interesaría por la tramitación de aquella solicitud. Ernesto, días después, acordó con Alonso la tramitación de los permisos correspondientes a sus dos hijos, Andro y Kakhaber, y de unos amigos suyos Ángel, Darío e Jose Ramón.

Posteriormente, Ernesto acudió en varias ocasiones al despacho oficial de Leonardo al objeto de interesarse por el estado en el que se encontraban sus solicitudes, hasta que en una ocasión le comentó a Leonardo que había pagado dinero a Alonso para la tramitación de aquella documentación momento en que Leonardo le instó a que denunciara aquellos hechos.

El 12 de febrero de 2002 se dictó resolución del Subdelegado del Gobierno por la que se denegaba el permiso de trabajo y residencia de Ernesto la cual no llegó a ser notificada hasta meses después. Igualmente fueron denegadas las peticiones de sus hijos. El 21 de mayo de 2002 Ernesto interpuso denuncia ante la Comisaría de Policía de Lleida y en el curso del presente procedimiento solicitó la concesión y autorización de residencia por su colaboración con las autoridades judiciales la que obtuvo mediante resolución de 28 de mayo de 2004 del Director General de la Policía.

Sexto. Franco, Millán y Gonzalo habían presentado sus solicitudes de regularización a las que se había aportado ofertas de trabajo de las empresas Construcciones L SCCKL, DCE y P respectivamente. En el mes de marzo de 2002 el acusado Alonso y a través de una persona de nacionalidad marroquí, se ofreció para agilizar su tramitación aduciendo que tenía contactos en la Oficina Única de Extranjería de Lleida, recibiendo como pago por sus servicios la cantidad de 100 euros de cada uno de ellos. A otro compatriota Luis Angel le ofreció la misma posibilidad así como la de proporcionarle una oferta de trabajo a nombre de Construcciones S SA empresa relacionada con familiares de Alonso a cambio de 500 euros. La totalidad del dinero que recibió de Franco y Gonzalo se lo devolvió tras la denuncia que éstos interpusieron en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía.

Juan Miguel nacional de Marruecos contactó con una persona de su misma nacionalidad conocido como Arturo quien le dijo que podía arreglarle los papeles de su hermano ya que según le comentó tenía contactos que le ayudarían, llegando a presentar a Alonso como la persona que tenía familiares en la Oficina de Extranjería. Juan Miguel entregó a Arturo la cantidad de 7500 euros y recibió una copia de la oferta de trabajo expedida por la empresa Construcciones S SL que como se ha dicho estaba relacionada con familiares de Alonso - que se presentó en la Oficina Única de Extranjería del 19 de febrero de 2002 la cual, sin embargo, fue denegada, lo que motivó que volviera a presentarse una segunda solicitud, a nombre de la empresa Cubiertas y Cerramientos J. G SL que igualmente fue rechazada.

Pedro Jesús contacto con Marco Antonio quien le ofreció la posibilidad de conseguir un permiso de trabajo y de residencia a través de una empresa perteneciente a Armando, abonándole por ello la cantidad de 2000 euros. Aquella supuesta empresa con la que se realizó la oferta de trabajo carecía de actividad aunque su sede, a efectos de notificaciones, era la misma que la de la empresa E, con sede en Zaragoza y que también estaba vinculada a la familia de Alonso.

En el mes de octubre de 2003 Blas contactó con el también acusado Francisco mayor de edad y sin antecedentes penales al objeto de regularizar la situación en la que se encontraba su cuñado Gaspar, entregándole por ello en aquel momento la cantidad de 1500 euros. Como quiera que por entonces no era posible aquella regularización y tras comprobar que ni siquiera se había presentado solicitud alguna en la Oficina Única de Extranjería le amenazarán con interponer una denuncia. Francisco se dirigió insistentemente a Alonso para que les entregara la cantidad que aquellos habían pagado hasta que finalmente, el día 19 de marzo de 2004, se dirigió a su domicilio para que así lo hiciera, entregándoles finalmente Alonso la cantidad de 1500 euros que habían pagado."

Segundo. La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"ABSOLVEMOS a los acusados Jesus Miguel, Leonardo, Serafín y Alfonso del delito continuado de prevaricación por el que venían acusados.

ABSOLVEMOS al acusado Leonardo del delito de falsedad en documento oficial por el que venía acusado.

ABSOLVEMOS a los acusados Alonso y, Carmela del delito continuado de estafa por el que venían acusados.

ABSOLVEMOS al acusado Francisco del delito de estafa por el que venía acusado.

ABSOLVEMOS a Jose Augusto por falta de acusación.

La presente resolución no es firme al ser susceptible de recurso de casación ante el Tribunal Supremo."

Tercero. Con fecha 19 de noviembre de 2007 dicha Audiencia Provincial dictó AUTO DE ACLARACIÓN que contiene la siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA: ACLARAMOS y RECTIFICAMOS la sentencia dictada en el presente procedimiento en los siguientes extremos: a) en el párrafo segundo del hecho probado cuarto, donde dice "...la documentación correspondiente para su regularización por desarraigo..." deberá decir "... la documentación correspondiente para su regularización por arraigo..."; b) en el apartado tercero del fallo de la sentencia dictada deberá incorporarse lo siguiente: ABSOLVEMOS al acusado Leonardo del delito de estafa por el que venía acusado".

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de aquella resolución.

Notifíquese este auto a las partes del presente procedimiento."

Cuarto. Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por infracción de Ley por el MINISTERIO FISCAL y por la Acusación Particular Ernesto, que se tuvo anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

Quinto. El recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim., por error de hecho en la apreciación de la prueba.

2º. Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por aplicación indebida de los arts. 404 y 74 del C. penal en relación a los acusados Jesus Miguel y Serafín.

3º. Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida de los arts. 248, 249 y 74 del C. penal, en relación al acusado Alonso.

Sexto. Por Auto de esta Sala de fecha 27 de junio de 2008 se tuvo por desistido del presente recurso a la Acusación Particular.

Séptimo. En el trámite correspondiente los recurridos Alonso, Jesus Miguel, Serafín, Jose Augusto, Francisco, Alfonso y Carmela, se instruyeron del recurso por escritos de fechas 18 de julio, 23 de julio, 23 de julio, 18 de julio, 24 de julio, 24 de julio y 1 de septiembre, respectivamente; y el MINISTERIO FISCAL por informe de fecha 1 de octubre de 2008.

Octavo. Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista cuando por turno correspondiera.

Noveno. Hecho el señalamiento para la Vista se celebró la misma con la asistencia del MINISTERIO FISCAL, y de los letrados recurridos Don R en defensa de Jesus Miguel, Doña C en defensa de Jose Augusto y D. J en defensa de Serafín.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La Audiencia Provincial de Lérida, Sección Primera, absolvió a Jesus Miguel, Leonardo, Serafín y Alfonso de un delito continuado de prevaricación por el que venían acusados, absolviendo a Leonardo de otro de falsedad en documento oficial, y a Alonso y Carmela de un delito continuado de estafa, así como a Francisco y a Jose Augusto por falta de acusación.

Frente a dicha Sentencia absolutoria ha interpuesto recurso de casación el Ministerio Fiscal.

Segundo. El primer motivo del recurso de casación formalizado por el Ministerio Fiscal se articula al amparo de lo dispuesto en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como "error facti", es decir, denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y cuyos particulares demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurran los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

En su desarrollo, el Ministerio Público invoca los documentos correspondientes a expedientes sobre petición de permisos de trabajo en España de inmigrantes extranjeros

presentados ante la Subdelegación del Gobierno en Lérida, de la que Jesus Miguel era el Subdelegado del Gobierno, y sobre los que se razona que ante iguales condiciones y en fechas próximas, unos se conceden y otros se deniegan, sin distinción alguna aparente. A tal efecto, se citan los expedientes NUM000, en el que se deniega la solicitud, desestimándose a renglón seguido el recurso de reposición interpuesto, y el expediente NUM001 y el NUM002, en los que, sin embargo, se aprueba la solicitud y se concede el permiso a los extranjeros afectados. En otro bloque, se contraponen los números NUM003, en el que se concede, el NUM004, que se deniega (con desestimación del recurso de reposición), o el NUM005 (en realidad, por error, es el NUM006), que inicialmente se deniega y con resolución administrativa estimatoria en dos fechas diferentes (folios 2425 y 2428). Ciertamente, todas esas resoluciones administrativas se dictaron en modelos estandarizados y carecían de una motivación específica sobre cada caso.

Tales documentos, se dice en el motivo, cumplen los requisitos jurisprudenciales expresados, y son relevantes para el fallo, de modo que se propone como nueva premisa fáctica, la siguiente: "... el sistema de porcentajes aplicado por los acusados Serafín y Jesus Miguel dio lugar a un tratamiento desigual e inmotivado entre diversas solicitudes de permisos de trabajo tipo B iniciales que presentaban las mismas características. Así, por ejemplo, ante las peticiones formuladas en fechas próximas por ciudadanos ucranianos para un trabajo de especialista en metal ofertado en idénticas condiciones por la empresa S.E. ESPAÑA ETT SEA UNIP para su centro de trabajo en el polígono industrial de San Guin de Freixenet, mientras en el expediente NUM007 se deniega el permiso de trabajo, en los expedientes NUM007 y NUM002 se concede; y lo mismo sucede respecto de algunas solicitudes presentadas para un trabajo de peón agrícola, concediéndose el permiso de trabajo en los expedientes NUM003 y NUM005, y denegándose en el expediente NUM004 ".

Hemos analizado los documentos invocados por el Ministerio Fiscal. En efecto, se trata de solicitudes de permiso de trabajo iniciales tipo B, verificadas por ciudadanos extranjeros, con aportación de documentación relativa a su identidad personal, antecedentes penales, ofertas de trabajo, informes policiales y consulares, etc. y tras los mismos, se plasma una resolución administrativa suscrita por Jesus Miguel, como Subdelegado del Gobierno en dicha provincia, en los cuales, sin motivación alguna, se deniegan o conceden, con los consiguientes recursos, y apertura de la subsiguiente vía judicial contencioso administrativa. El deber de motivación es sustancial en todo Estado de Derecho, y se impone por nuestra legislación administrativa y constitucional, y en el ámbito de la Unión Europea por el art. 41 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, Carta de Derechos, que concede el derecho a todos los ciudadanos a una buena administración, que incluye, entre otros derechos, la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones. Es una constante, constatada con frecuencia desafortunadamente, que las autoridades administrativas en asuntos de elevadas solicitudes, utilizan modelos estandarizados, ausentes de cualquier motivación, tanto fáctica como jurídica, al caso sometido a su consideración, resolviendo, pues sin expresar el razonamiento que es debido. Ello puede dar lugar al delito de prevaricación administrativa cuando a la injusticia intrínseca de la resolución, se une la arbitrariedad de la misma, resultante de tan inmotivado proceder. Para ello es necesario naturalmente que la resolución contenga una decisión no tolerable bajo interpretación de punto alguno, o bien que tal injusticia sea, como tantas veces se ha dicho, grosera, esperpéntica o insólita.

Sin embargo, en el caso sometido a nuestra consideración casacional, no es éste el punto de vista del Fiscal, como veremos a continuación. La razón de su acusación reside en el "sistema de porcentajes" aplicado por los acusados, Jesus Miguel y Serafín, para conceder o denegar los permisos de trabajo a los inmigrantes que lo pretendían y que lo habían solicitado a través de la iniciación del correspondiente expediente administrativo. No se pone, pues, el acento en la injusticia intrínseca de una denegación o concesión en particular, sino en ese sistema de "porcentajes". Desde esta perspectiva, que los documentos invocados, dos grupos de tres expedientes, pongan de manifiesto uno u otro resultado, no cambia, ni

puede cambiar, para nada, la resultancia fáctica de la sentencia recurrida, en donde se pone de manifiesto que se resolvieron 88.000 expedientes de la modalidad "Tipo B (iniciales)", que se tramitaron en la Oficina Única de Extranjería durante el periodo comprendido entre el año 2000 y el primer trimestre del año 2004, examinándose en el curso de la instrucción sumarial un total de 8.214 expedientes que habían sido resueltos favorablemente durante el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2001 al mes de marzo de 2004, y de entre éstos, se analizaron detalladamente un total de 1.772, de los que se encontraron 251 con diversas irregularidades en su tramitación. En este contexto, 6 expedientes, unos concediendo y otros denegando la solicitud, no puede permitir apreciar el error de hecho en la apreciación probatoria que quiere ver el recurrente, ni mucho menos afectar al sistema de porcentajes, que es la clave de la acusación, en los términos que analizaremos en el motivo siguiente.

En consecuencia, esta censura casacional no puede prosperar.

Tercero. El motivo segundo, esta vez articulado por ordinaria infracción de ley, del número primero del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación de los arts. 404 y 74 del Código penal, en relación con los acusados Jesus Miguel y Serafín.

La Audiencia absolvió a tales acusados sobre la base de que no existe el componente de arbitrariedad que requiere el art. 404 del Código penal, pues el criterio utilizado por los acusados puede tener cabida en las amplias previsiones legales sobre la denegación de esa clase de permisos. Sin embargo, el Ministerio Fiscal, sobre la base de la integración con los hechos interesados del motivo anterior, considera que se puede sostener que la conducta de los acusados, por lo que se refiere a la aplicación del sistema de porcentajes, tiene relevancia penal, siendo subsumibles en los preceptos penales antes señalados.

Tras cita de jurisprudencia genérica sobre los elementos del tipo penal que se pretende aplicar, el núcleo de la cuestión debatida surge cuando el Ministerio Fiscal argumenta, en desarrollo del motivo, que lo peculiar es la aplicación de un sistema de porcentajes para la aprobación de expedientes, lo que convierte en arbitraria esta conducta y le concede relevancia penal. Sin embargo, para tal recurrente no es relevante, sin embargo, la conducta de los acusados "precisamente por las irregularidades que pudieran existir en la tramitación de los expedientes, ni siquiera por utilizar un único criterio legal para la concesión de los permisos de trabajo o por la laxitud meramente administrativa de las resoluciones adoptadas... Lo que verdaderamente hace arbitrarias esas decisiones es el sistema seguido de aprobar o denegar la mitad de los expedientes en base al criterio que se maneja del número de trabajadores de la plantilla de la empresa ofertante de empleo..."

Pero tal proceder no resulta propiamente de los hechos probados, como quiere ver el Fiscal, pues en éstos se relata que las solicitudes se presentaban en la Oficina Única de Extranjería, en la que se recababan los correspondientes informes policiales y consulares, tras lo cual, el Jefe de la Dependencia del Área de Trabajo y Asuntos Sociales, Serafín, procedía a denegar o conceder (quiere decirse proponer tal resolución), siguiendo para ello los mismos criterios que hasta entonces se habían mantenido en aquellas dependencias, aunque a partir del año 2003, y ante el elevado número de solicitudes, resolvió aprobar aproximadamente la mitad de los expedientes, pero no indiscriminada o arbitrariamente, si no aquellas [solicitudes] correspondientes a empresas que tuvieran una apariencia de solvencia y capacidad de asumir al trabajador [solicitante], atendiendo para ello al número de trabajadores que las empresas solicitantes tuvieran en plantilla, criterio con el que se pretendía evitar que el número de concesiones no fuera excesivamente elevado y no excediera de los porcentajes que hasta entonces se habían alcanzado. Este es exactamente el contenido de la resultancia fáctica de la sentencia recurrida.

También se hace constar en la resolución combatida que "no consta que el sentido de la decisión obedeciera ni a las especiales relaciones personales que pudieran existir entre los solicitantes y los máximos responsables de la Subdelegación, ni a cualesquiera otros motivos

espurios".

Queda, pues, descartado con este relato fáctico cualquier atisbo del elemento subjetivo del delito de prevaricación, en tanto que el sujeto activo del mismo debe ser consciente del sentido de la injusticia de la resolución dictada, y actuar "a sabiendas" de tal injusticia. Aquí, sin embargo, se expone que las decisiones se tomaban por pura política de inmigración, en función de unos parámetros legales que, acertados o no, se encuentran extramuros del rígido contorno que la jurisprudencia siempre ha exigido para la concurrencia del delito de prevaricación, como tipo penal que se superpone siempre a la mera ilegalidad de la resolución administrativa, controlada ésta por los tribunales contencioso-administrativos. Como ha dicho esta Sala Casacional no puede tratarse de resoluciones discutibles, erróneas o no acomodadas a Derecho, pues lo que se exige es ese "plus de antijuridicidad", de modo que la injusticia de la resolución sólo se producirá si no existe método racional de interpretación que permita sostener el criterio adoptado, o lo que es lo mismo, un puro torcimiento del Derecho.

Es también un hecho comprobado que las solicitudes se elevaron notablemente durante el año 2003. Así, en 2001, se produjeron 7.544, en 2002, 1.392, y en 2003, llegaron a casi 15.000 solicitudes, por lo que el método fue aprobar solamente aquellos expedientes correspondientes a empresas que tuvieran apariencia de solvencia y capacidad de asumir al trabajador, atendiendo para ello al número de trabajadores que las empresas solicitantes tuvieran en plantilla, con lo que el número de autorizaciones fue de 6.192, frente a los 888 en el año 2002, o los 3.192 del año 2001. Y para ello, se tuvieron en cuenta los criterios legales que proporcionaba el art. 74.1 del Reglamento (Real Decreto 864/2001, de 20 de julio), cuyo art. 74, letra f) contemplaba la posibilidad de tal denegación "cuando el contrato de trabajo o la oferta de empleo sea formulada por empresario aparente, no quede acreditada la capacidad o la solvencia del empresario para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato o no se garantice al trabajador una actividad continuada durante la vigencia del permiso de trabajo". En suma, es un criterio legal en el que descansa una política de inmigración, que incuestionablemente se encuentra inserta en la causación de estos hechos.

En definitiva, al proceder la desestimación del motivo primero, y por las razones antedichas, este segundo motivo tampoco puede prosperar.

Cuarto. El tercer motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se articula al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los arts. 248, 249 y 74 del Código penal, en relación con la conducta del acusado Alonso.

La resultancia fáctica de la sentencia recurrida narra que Alonso, a través de la relación de amistad con otro acusado (Leonardo), pudo tener acceso y conocer internamente la Oficina Única de Extranjería de Lleida, siendo aprovechada esta circunstancia "para ofrecer a trabajadores extranjeros, ya directamente o a través de terceras personas, la posibilidad de tramitar su regularización e incluso la de proporcionales ofertas de trabajo de empresas, propias o ajenas, cobrando por ello diversas cantidades de dinero que oscilaban entre 100 a los 1.500 euros o incluso superiores".

Dentro de esa mecánica operativa, el factum narra diversos cobros por esas actividades de intermediación, como a Ernesto (septiembre de 2001), cobrándole un primer pago de 150.000 pesetas (900 euros); o bien a Franco, Millán y Gonzalo (marzo de 2002), a quien exigió 100 euros a cada uno, que devolvió cuando éstos denunciaron los hechos en Comisaría de Policía. No se tienen en consideración los hechos relacionados con Luis Angel, por tratarse de contactos con una empresa privada, y de Juan Miguel, nacional de Marruecos, el cual contactó con una persona de su misma nacionalidad, conocido como Arturo, quien le dijo que podía arreglarle los papeles de su hermano ya que, según le comentó, tenía contactos que le ayudarían, llegando a presentar a Alonso como la persona que tenía familiares en la Oficina de Extranjería, pues los pagos se hicieron entre Juan

Miguel y Arturo, sin intervención de Alonso, al menos relatada en el factum.

La mecánica operativa fue siempre la misma: ofrecerse para la tramitación de la documentación necesaria para su regularización o agilizarla, bajo la apariencia de contactos en la expresada Oficina, consiguiendo de esta manera que le entregaran unas cantidades de dinero, sin que las gestiones que se ofrecían tuvieran ningún soporte en la Administración competente.

Se trata de una puesta en escena ante personas necesitadas de regularización a las que se exige unas cantidades de dinero por llevar a cabo gestiones que se anclan en el vacío, o son sencillamente inexistentes. La tramitación es, en definitiva, gratuita, y el acusado no opera como gestor en dicha tarea de modo alguno en la provincia.

Tiene declarado esta Sala -STS 880/2005, de 4 de julio -, que el delito de estafa precisa como elementos esenciales los siguientes: 1) un engaño precedente o concurrente; 2) dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial; 3) producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la situación real; 4) un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo; 5) nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio a la víctima y 6) ánimo de lucro.

La jurisprudencia de esta Sala, ha calificado este tipo de gestiones con supuestas influencias en organismos públicos como delito de estafa, en casos parecidos. A tal efecto, citamos la STS 61/2007, de 25 de enero, en donde se lee: "en modo alguno puede cuestionarse el engaño que presidió toda la conducta de la acusada quién ofreció a los perjudicados la concesión de Expendierías de Tabacos y Loterías, asegurando el buen fin de sus gestiones, dada su relación con el Ministerio de Hacienda y sus influencias y amistades en las personas que iban a decidir las concesiones". O la STS 336/2006, de 24 de marzo, sobre gestiones supuestas en entidades bancarias: "... en una relación contractual regular, por iniciativa de la acusada, hace creer a los perjudicados que resulta conveniente o necesaria la entrega de una determinada cantidad de dinero, cuando no lo era en absoluto, y ante tal ardid los destinatarios de ese falaz requerimiento se desprenden de una cantidad importante, que el sujeto agente hace propia de modo definitivo". O bien el caso tratado en la STS 1027/2002, de 3 de junio, muy próximo al supuesto que enjuiciamos, en donde se dice que "el acusado hizo creer a la señora... la posibilidad de permanecer en territorio español sin necesidad de contraer matrimonio, así como haber realizado gestiones para obtener la libertad, engaño que fue idóneo para conseguir el desplazamiento patrimonial, concurriendo error esencial de la perjudicada, siendo perfectamente correcta y acorde con la doctrina de esta Sala la motivación que se expresa en la sentencia sobre este elemento del delito de estafa".

Los hechos, pues, son constitutivos de un delito continuado de estafa, dada la puesta en escena del recurrido, el acusado Alonso, haciéndoles creer a los trabajadores extranjeros unas expectativas de que merced a su intervención éstos iban a conseguir los permisos de trabajo o residencia, logrando de este modo el desplazamiento patrimonial. Y todo ello teniendo en cuenta que, como se reconoce por el mismo, incluso en esta instancia casacional por el recurrido, este acusado no ostenta posición alguna de asesoramiento o gestoría de ningún tipo en el ámbito territorial en donde suceden los hechos.

Individualizaremos la penalidad aplicable, en la segunda sentencia que ha de dictarse, con estimación del motivo del Ministerio Fiscal.

Quinto. Las costas procesales se declaran de oficio, al ser el Ministerio Fiscal el recurrente (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR, por estimación parcial, al recurso de casación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra sentencia núm. 350/2007 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en la presente instancia.

En consecuencia casamos y anulamos en la parte que le afecta, la refererida Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida que será sustituida por otra más conforme a Derecho.

Comuníquese la presente resolución y la que seguidamente se dicta a la Audiencia de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil ocho.

El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Lleida incoó D. P. núm. 971/2002 por delito de estafa, falsedad en documento oficial cometido por funcionario público y delito continuado de prevaricación contra Alonso, Carmela, Jose Augusto, Francisco, Jesus Miguel, Leonardo, Alfonso y Serafín, y una vez concluso lo remitió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha Capital que son fecha 7 de noviembre de 29007 dictó sentencia núm. 350/2007 la cual fue recurrida en casación por el MINISTERIO FISCAL, y ha sido casada y anulada, en la parte que le afecta, por la Sentencia dictada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; por lo que los mismos Magistrados que formaron Sala y bajo idéntica Presidencia y Ponencia, proceden a dictar esta Segunda Sentencia, con arreglo a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Antecedentes de hecho.

Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho de la Sentencia de instancia, que se han de completar con los de esta resolución judicial.

Segundo. Hechos probados.

Damos por reproducidos los hechos probados de la Sentencia recurrida, en su integridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único. De conformidad con lo argumentado en nuestra anterior Sentencia Casacional, al ser calificados los hechos relativos a la conducta de Alonso como constitutivos de un delito continuado de estafa, tipificado en los arts. 248, 249 y 74 del Código penal, pero dado que se han probado tres faltas que suman trescientos euros, y una más con carácter de delito, y el contenido del art. 74.2º del Código penal, se le impondrá la pena mínima de seis meses de prisión, no procediendo ninguna de las agravaciones del art. 250, ni la circunstancia agravante de reincidencia que no se describe en los hechos probados, ni sobre esta cuestión el Ministerio Fiscal ha recurrido para su integración en el factum. La indemnización se concede a Ernesto en la cantidad de 900 euros, no a los demás perjudicados, a quienes ya devolvió el dinero el acusado al ser denunciados los hechos.

FALLO

Que debemos condenar y condenamos a Alonso como autor criminalmente responsable de un delito continuado de estafa, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena de prisión, costas procesales en su proporción, y a que indemnice a Ernesto en la cantidad de 900 euros, con los intereses de ejecución procesal dispuestos en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En lo restante, se dan por reproducidos los pronunciamientos absolutorios de la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

