

Causa Especial Nº: 20249/2016

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Andrés Palomo Del Arco

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.:

D. Andrés Palomo Del Arco

En la Villa de Madrid, a veinte de Enero de dos mil diecisiete.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por auto dictado el 27 de diciembre de 2016 se acordó la continuación del procedimiento en los trámites previstos en los arts. 780 y siguientes de la LECr y consiguientemente se dio traslado al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de diez días, solicitara la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o

excepcionalmente la práctica de diligencias complementarias, para los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 780 LECr.

SEGUNDO.- Con fecha de 10 de enero de 2017, el Ministerio Fiscal presentó escrito de calificación provisional solicitando la apertura del juicio oral contra el aforado FRANCESC HOMES i MOLIST, imputándole un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP y un delito de desobediencia grave cometido por autoridad pública del art. 410.1 CP; relacionados en concurso ideal.

TERCERO.- En el escrito del Ministerio Fiscal, en una estructura con capítulos diferenciados para antecedentes, suspensión de la convocatoria por parte del Tribunal Constitucional y hechos posteriores, se contienen los siguientes, que se admiten como hechos susceptibles de enjuiciamiento en atención a su relevancia jurídico-penal:

I. Antecedentes

1. El Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña número 6715 de 27 de septiembre de 2014 publicó la Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana.

El día 27 de septiembre se publicó en el DOGC el Decreto del Presidente de la Generalitat de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, *de convocatoria de consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña*, que promovió la celebración de una consulta popular a celebrar el 9 de noviembre de 2014 (art. 1) en el ámbito de la Comunidad Autónoma, al que se llamó a todo el cuerpo electoral -ampliado a los mayores de dieciséis años y a los ciudadanos extranjeros que cumplan determinados requisitos y tiempo de residencia en la Comunidad Autónoma-, para que se pronuncien sobre las preguntas (art. 3) si

Cataluña debe ser un Estado y, en caso afirmativo, si debe constituirse en un Estado independiente.

El Gobierno de la Nación interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 3 a 39, las disposiciones transitorias primera y segunda y la disposición final primera de la Ley 10/2014. El recurso fue admitido a trámite por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 29 de septiembre de 2014 (número de asunto 5829/2014), en la que asimismo se acordó, al amparo del art. 161.2 de la Constitución y del art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados desde el mismo día 29 de septiembre de 2014 para las partes del proceso y desde la publicación de la providencia en el Boletín Oficial del Estado para los terceros. La orden de suspensión se hizo extensiva a “cuantos actos o resoluciones hayan podido dictarse en aplicación de los mismos”. La parte dispositiva acordó igualmente “comunicar a los Presidentes del Parlamento de Cataluña y del Gobierno de la Generalitat de Cataluña la presente providencia” y “publicar la incoación del proceso en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya”.

El Gobierno de la Nación impugnó asimismo ante el Tribunal Constitucional el Decreto 129/2014 de convocatoria de la consulta por el trámite del Título V de la LOTC. La impugnación fue admitida a trámite mediante providencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de septiembre de 2014 (número de asunto 5830/2014). La citada providencia suspendió al amparo del art. 161.2 de la Constitución y 77 LOTC el Decreto impugnado y sus Anexos desde el 29 de septiembre para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros, “así como las restantes actuaciones de preparación para la convocatoria de dicha consulta o vinculadas a ella”. Se acordó igualmente comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la providencia y publicar la incoación del proceso en el Boletín Oficial del Estado y en el DOGC.

Las dos resoluciones del Tribunal Constitucional fueron publicadas en el Boletín Oficial del Estado del día 30 de septiembre de 2014 (núm. 237).

Concluiría el procedimiento por sentencia 32/2015, de 25 de febrero, del Tribunal Constitucional, publicada en el BOE número 64, de 16 de marzo de 2015, que estima la impugnación al: *Declarar que el Decreto 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña y sus anexos son inconstitucionales y nulos.*

2. El Gobierno de la Generalitat, a tenor de dichas Providencias cesó formalmente en la convocatoria de la consulta popular no referendaria al amparo de la Ley 10/2014, pero perseveró en su empeño de llevar a cabo la consulta en la fecha indicada y con las mismas preguntas, a cuyo fin, a raíz de la suspensión antes referida ordenada por el Tribunal Constitucional, el día 14 de octubre de 2014 quien a la sazón desempeñaba el cargo de Presidente de la Generalitat, Artur Mas Gavarró, efectuó una comparecencia institucional ante los medios de comunicación anunciando la celebración de un *proceso de participación ciudadana* para el día 9 de noviembre siguiente.

Simultáneamente, una página web institucional que en días inmediatamente anteriores había sido creada a instancias del Departament de Governació de la Generalitat de Catalunya, denominada www.participa2014.cat, reflejó ese mismo día el anuncio del Presidente señalando que “El día 9 de noviembre de 2014, el Gobierno de la Generalitat de Cataluña abre un proceso de participación ciudadana para que los catalanes y las catalanas y las personas residentes en Cataluña puedan manifestar su opinión sobre el futuro político de Cataluña”.

3. Inmediatamente tras hacer público el anuncio, el Gobierno de la Generalitat, a través de distintos departamentos, dispuso el inicio de diversos trabajos mediante procedimientos administrativos encaminados a organizar la votación que fueron principalmente encomendados a contratistas privados:

a.- Construcción y publicación de una página web institucional, <http://www.participa2014.cat>., a través de la cual se organizaba, informaba y

reclutaba a quienes quisieran participar como voluntarios en el desarrollo de la votación.

b.- Se diseñó que los Institutos de Enseñanza Secundaria titularidad de la Generalitat de Catalunya proporcionaran el grueso de locales donde pudiera desarrollarse la votación.

c.- Se organizó la fabricación de material que iba a ser empleado en la votación y el transporte del mismo a los locales de votación.

d.- Campaña de publicidad institucional.-

La publicidad institucional de la convocatoria fue encomendada por el Departament de la Presidencia, encabezado por el acusado Francesc Homs, a la mercantil MEDIA PLANNING GROUP SA bajo el concepto “comanda de serveis per a la inserció en els mitjans de comunicació dels diversos continguts de la campanya institucional per informar sobre el procés de participació ciutadana del 9.11.14”, en encargo formalizado el 24 de octubre de 2014 en el seno de un expediente administrativo con referencia PR201471109 iniciado el día 22 anterior. El importe facturado ascendió a 806.403’52 €15.

e.- Se adquirieron 7000 ordenadores portátiles para ser utilizados en las mesas de votación y otros centros públicos y que serían preparados mediante la instalación de los programas informáticos que iban a ser utilizados en la votación.

f.- Labores de apoyo informático a la consulta.-

La preparación y desarrollo de la jornada de votación del 9 de noviembre de 2014 se apoyó de forma determinante en las tecnologías de la información y la comunicación (“TIC”).

Los trabajos encaminados a proporcionar los instrumentos informáticos que iban a permitir el desarrollo de la votación y el recuento y publicación de sus resultados se desarrollaron en el seno de diferentes procedimientos administrativos.

El 29 de octubre de 2014 el Departamento de Governació i Relacions Institucionals solicitó los servicios del CENTRE DE TELECOMUNICACIONES I TECNOLOGIES DE LA INFORMACIÓ

(CTTI) para el “apoyo al proceso de participación”, indicando un presupuesto de 1.201.000 €. La factura se expidió sólo unos días después, el 3 de noviembre, finalmente por un importe de 698.685’15€.

El CTTI no prestó directamente los servicios encomendados, sino que a su vez los encomendó a diferentes empresas privadas, en el seno de acuerdos-marco previamente existentes.

El CTTI efectuó a T-SYSTEMS dos encargos que se incardinaron como peticiones “*a demanda*” en dos contratos-marco previamente existentes, firmados el 1 de septiembre y el 1 de noviembre de 2012. Los encargos son anteriores incluso al encargo formal del 29 de octubre de 2014 del Departamento de Governació al CTTI. Consistieron en la construcción de programas informáticos, que fueron los siguientes:

Encargo de 15 de octubre de 2014, con un doble objeto:

“*Registro de inscripción de acceso público*”: crear un *registro web* para que los voluntarios funcionarios y no funcionarios pudieran registrarse como tales y crear la propia web de consulta.

“*Registro de asistentes*”: desarrollar una *aplicación* para instalar en los ordenadores que serían utilizados el día de la votación. La aplicación tenía *dos funcionalidades principales*: una, que permitía registrar a quien votaba y comprobar que votaba en la mesa que le correspondía; otra, para la extracción y consolidación de los datos contenidos en los ordenadores que permitiese introducir el recuento de votos y luego extraer el resultado agregado de la mesa en un formato de presentación predeterminado.

Encargo de 17 de octubre de 2014: su objeto era construir un “*Registro de resultados y publicación*”. Se trataba de una *web interna* de la Generalitat en cuya plataforma se introducirían los resultados que se irían recibiendo telefónicamente de las diferentes mesas de votación, sobre los cuales se ejecutaría una aplicación que los consolidaría de forma que se pudieran obtener resultados agregados, porcentajes, y poderlos presentar de forma interpretable, según criterios de cribado -por mesa municipio o comarca, etc-.

Con posterioridad, en fecha no determinada, el CTTI solicitó de T SYSTEMS nuevos servicios, consistentes en un servicio de apoyo 24 horas al CTTI para el fin de semana del 9 de noviembre de 2014 en relación con todos los sistemas del CTTI, y adicionalmente un servicio de apoyo de los técnicos que participaron en el desarrollo de los programas.

A la empresa FUJITSU le encomendó el CTTI las tareas de *recepción* de los ordenadores portátiles una vez adquiridos por el Departamento de Ensenyament, la instalación en los mismos de los programas confeccionados por T-SYSTEMS, la distribución de los aparatos en los centros de votación, el acondicionamiento de un centro de procesamiento de datos y de un “call center” en el propio CTTI para el día de la votación, así como tareas de apoyo remoto y presencial que resultaran necesarias el día de la votación y, finalmente, la recogida ulterior de los portátiles una vez finalizada la jornada y el borrado de su contenido.

g.- Cesión de datos para envío de la información institucional sobre la convocatoria.-

El 27 de octubre de 2014 el Departament de Presidencia, encabezado por el acusado Francesc Homs, y el Institut d'Estadística de Catalunya (IDESCAT, responsable del Registro de Población de Cataluña, que es un registro administrativo donde figuran los datos actualizados de carácter obligatorio de los vecinos inscritos en los padrones municipales de habitantes de todos los ayuntamientos de Cataluña) firmaron un convenio de colaboración en el que se autorizaba al Departamento de Presidencia para que tuviera acceso al Registro de Población a los efectos de crear una base de datos temporal cuya cláusula de vigencia (pacto 6º) se decía que permanecería en vigor “por el tiempo indispensable para transmitir la información básica y general del proceso de participación descrito que se abre el día 9 de noviembre de 2014 (...)”. En el pacto tercero del convenio se especificaba que los datos se utilizarían “únicamente para transmitir una carta del Muy Honorable Presidente Artur Mas Gavarró a los destinatarios indicados, con información básica del proceso de participación referenciado que se abre el día 9 de noviembre de 2014”. Como

destinatarios de la información se señalaba a los “vecinos inscritos en los padrones municipales de habitantes de todos los ayuntamientos de Cataluña que sean mayores de 16 años el día 9 de noviembre de 2014”.

El fichero temporal fue efectivamente creado y luego cedido a la mercantil UNIPOST (empresa de mensajería a la que se encargó la distribución de la información), a través de un encargo de tratamiento de datos, previa autorización de subencargo por parte del Departamento de Presidencia.

h.- Envío de Información.-

El 31 de octubre de 2014 la Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions de la Generalitat (EADOP) remitió a la mercantil UNIPOST, especializada en servicios de mensajería, una invitación para participar en la licitación para la prestación de los servicios destinados a la ejecución de una *operativa institucional de transmisión de una información de interés ciudadano por imperiosa urgencia*.

La información a repartir consistía en una carta con el membrete oficial de la Generalitat en que se exhortaba a los ciudadanos a participar en la consulta del 9 de noviembre siguiente, citando la página web www.participa2014.cat como fuente de información.

Como se ha indicado en un apartado anterior, el Departamento de Presidencia cedió a UNIPOST el fichero temporal de datos que se había creado a efectos de contener los destinatarios de la información a distribuir.

El reparto de la correspondencia se inició el día 3 de noviembre de 2014 y siguió en los posteriores hasta completar la efectiva distribución de la correspondencia.

i.- Suscripción de Póliza aseguradora para voluntarios.-

El 27 de octubre de 2014 el Departamento de Governació solicitó a la compañía aseguradora AXA un suplemento de la póliza de seguro de accidentes que el Departamento d’Economia i Coneixement tiene contratada para el personal de la Generalitat de Catalunya. El suplemento se solicitó para los voluntarios del proceso participativo: 1317 personas voluntarias que trabajarían los días 9 y 10 de noviembre, y más de 25.000 voluntarios que trabajarían

exclusivamente el 9 de noviembre. El suplemento se expidió el día 4 de noviembre.

II. Suspensión de la convocatoria por el Tribunal Constitucional.-

Una vez que las actuaciones organizativas y logísticas se hallaban en marcha en los términos que se acaban de describir, el 31 de octubre de 2014 el Gobierno de la Nación presentó ante el Tribunal Constitucional una *"impugnación de disposiciones autonómicas y, subsidiariamente, un conflicto positivo de competencia"* contra *"...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", contenidas en la página web participa2014.cat/es/index.html, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta."*

El Tribunal Constitucional, por Providencia de 4 de noviembre de 2014, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día siguiente, admitió a trámite la impugnación y simultáneamente acordó la suspensión de los actos impugnados desde el 31 de octubre de 2014 para las partes del proceso y desde su publicación en el BOE para los terceros, así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

Los términos literales de la decisión del Tribunal Constitucional fueron los siguientes:

"El Pleno, en el asunto de referencia, a propuesta de la Sección Tercera, acuerda:

1. Una vez comprobada la concurrencia de las condiciones procesales de admisibilidad, admitir a trámite el escrito presentado por el Abogado del Estado en nombre y representación del Gobierno de la Nación, de impugnación de

disposiciones autonómicas (Título V LOTC) y, subsidiariamente, de conflicto positivo de competencia, contra 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", contenidas en la página web participa2014.cat/es/index.html, y los restantes actos y actuaciones de preparación, realizados o procedentes, para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación aún no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta.

2. Dar traslado de la demanda y documentos presentados al Gobierno de la Generalitat de Cataluña, por conducto de su Presidente, al objeto de que en el plazo de veinte días y, por medio de la representación procesal que determina el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes.

3. Invocado por el Gobierno el artículo 161.2 de la Constitución, con arreglo al cual el Gobierno podrá impugnar ante este Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, tal impugnación produce la suspensión de las actuaciones impugnadas, debiendo el Tribunal ratificar o levantar la suspensión en un plazo no superior a cinco meses (arts. 161.2 CE y 77 LOTC).

De conformidad con dicho artículo de la Constitución, acuerda suspender los actos impugnados (desde el 31 de octubre de 2014, fecha de interposición del recurso, para las partes del proceso y desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado para los terceros), así como las restantes actuaciones de preparación de dicha consulta o vinculadas a ella.

4. Comunicar al Presidente de la Generalitat de Cataluña la presente providencia.

5. Publicar la incoación de la impugnación en el Boletín Oficial del Estado y en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

Madrid a cuatro de noviembre de dos mil catorce".

La providencia tuvo entrada en el registro oficial de la Generalitat el día 6 de noviembre por correo ordinario, si bien la misma ya había sido publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 5.

Asimismo, el Presidente del Tribunal Constitucional comunicó directamente la existencia y tenor de dicha disposición al Presidente de la Generalitat a través de un correo electrónico remitido el propio día 4, al que se acompañaba como archivos adjuntos el texto de la providencia así como una carta del Presidente del Tribunal Constitucional personalmente dirigida al Presidente de la Generalitat. El e-mail consta remitido desde Presidencia del Tribunal Constitucional a las 13:19 horas de ese día 4 a la Subdirección General de Cuestiones Constitucionales del Gabinete Jurídico de la Generalitat, del Departamento de Presidencia. Desde dicha Subdirección General se acusó expresamente la recepción del correo y la documentación adjunta mediante correo electrónico de su titular enviado a las 13:47 horas.

El Gobierno de la Generalitat celebró sesión ese mismo día 4 de noviembre, en la cual acordó formular recurso de súplica contra la Providencia, con subsidiaria petición de aclaración de la misma.

El Servicio Jurídico de la Generalitat formuló recurso de súplica contra la providencia del Tribunal, incluyendo como petición subsidiaria la aclaración del párrafo tercero de dicha resolución. En dicho recurso, que tuvo entrada en el Tribunal el día 7 de noviembre siguiente, se instaba al Tribunal a adoptar una decisión rápida, pues la propia representación de la Generalitat afirmaba que de otro modo no podría llevarse a cabo la votación. El encabezamiento del punto 6) es el siguiente: *“Si el TC no resuelve inmediatamente, tal omisión causará indefensión al haberse dejado pasar la fecha del 9 de noviembre para la que se ha convocado el proceso participativo sin que éste haya podido celebrarse”*. Lo cual tiene su correlato en el *petitum* del recurso cuando en su punto 1) solicita que se tenga por formulado recurso de súplica contra la providencia de 4 de noviembre y la deje sin efecto de modo que *“(…) pueda celebrarse el día 9 de noviembre el proceso participativo convocado sobre el futuro político de*

Cataluña". El recurso, no suspensivo, fue resuelto por Auto de 2 de diciembre de 2014 por el TC, desestimándolo.

El recurso interpuesto por el Servicio Jurídico autonómico corrobora algo que se constata mediante la mera lectura de la providencia: no había margen de duda en cuanto al contenido de la suspensión acordada pues alcanzaba a toda actuación pública, estuviera o no formalizada jurídicamente, que contribuyera a impulsar la convocatoria señalada para el día 9 de noviembre siguiente.

III. Hechos posteriores a la suspensión.-

El entonces Presidente de la Generalitat de Catalunya, ARTUR MAS GAVARRÓ, auxiliado directamente por destacados miembros de su Gobierno, las Consejeras de Gobernación JOANA ORTEGA ALEMANY y de Educación IRENE RIGAU OLIVER, siendo los tres aforados ante el TSJ de Cataluña – donde se sigue causa con el número 1/2015 contra los mismos- y, en lo que a esta causa atañe, por el acusado FRANCESC HOMS I MOLIST, aforado ante el Tribunal Supremo, entonces Consejero de la Presidencia y Portavoz, en cuya consecuencia máximo responsable de los Servicios Jurídicos de la Generalitat, de la coordinación interdepartamental, así como de la publicidad institucional y de la comunicación, articularon de común acuerdo una estrategia de desafío completo y efectivo a la suspensión acordada por el Tribunal Constitucional, que conocieron el mismo día en que se dictó, el 4 de noviembre de 2014.

De este modo, ARTUR MAS, amparado simplemente en su voluntad, que convirtió irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, actuando con plena conciencia y voluntad, dejó de suspender oficialmente la convocatoria que él mismo había efectuado, incumpliendo la obligación que como convocante le atañía a raíz del mandato del Tribunal, y se concertó con el resto de acusados para, pese a ser conscientes de que la providencia del Tribunal Constitucional implicaba la privación expresa y consecuente falta de competencia del Gobierno de la Generalitat para celebrar el proceso de consulta, no solamente dejar de trancar las respectivas actuaciones en marcha de cada departamento sino para,

además, impulsar la continuación de todas las actuaciones públicas de preparación que ya estaban en marcha, así como cuantas otras se iban a producir en los siguientes días para preparar y desarrollar la votación señalada para el día 9 de noviembre de 2014.

De ese modo el acusado FRANCESC HOMS I MOLIST, no adoptó la suspensión de ninguna de las actuaciones ni actos que se desarrollaban para la celebración de dicha consulta que dependían directamente del Departamento de la Presidencia del que era titular, impulsó activamente los trabajos preparatorios de la convocatoria, puso los servicios jurídicos de su Departamento a disposición del CTTI para ejercer acciones legales ante una eventual suspensión adoptada por empresas privadas, y, en definitiva, potenció tras haber conocido la Providencia de suspensión dictada por el Tribunal Constitucional el desarrollo del denominado “proceso participativo”.

Y así, a diferencia de lo sucedido en el mes de septiembre -en que procedimientos administrativos en curso fueron resueltos y dejados sin efecto- los trabajos iniciados antes de la suspensión continuaron hasta su finalización, eso sí, con la conveniente discreción para tratar de generar la apariencia de que las actuaciones administrativas públicas se paralizaban y el proceso quedaba exclusivamente en manos de ciudadanos voluntarios, de modo que el detalle de actuaciones públicas encaminadas a hacer posible la votación no ha podido ser conocido sino tras la exhaustiva instrucción.

El acusado FRANCESC HOMS era plenamente consciente, máxime en su condición de cabeza de los servicios jurídicos de la Generalitat, de que con su actuación quebrantaba el obligado acatamiento a las decisiones del Tribunal Constitucional establecido en el art. 87.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y de que carecía de potestad alguna para la celebración de la Consulta.

En lo que respecta a la concreta actuación del acusado FRANCESC HOMS:

a) Durante los días 7 y 8 de noviembre se materializaron tareas esenciales relacionadas con la infraestructura informática diseñada para que la votación pudiera tener lugar.

El día 7 de noviembre la empresa T-SYSTEMS, a quien el CTTI había encomendado construir los programas informáticos necesarios para el desarrollo de la votación, entregó las aplicaciones que los contenían a los responsables del CTTI, para que por otro contratista privado distinto se pudiera proceder después a su instalación efectiva en los ordenadores.

La participación del acusado FRANCESC HOMES resultó crucial en este punto ya que la empresa T Systems, tras conocer la Providencia de 4 de noviembre del TC, dirigió una carta al CTTI en la que, a iniciativa propia e invocando ser una empresa comprometida con el cumplimiento estricto de la legalidad y citando la Providencia señalada, solicitaba la confirmación de que las actividades encomendadas no resultaban afectadas por la suspensión decretada por el TC y en caso de estarlo solicitaban instrucciones detalladas respecto de cómo proceder, confirmación que vino directamente del acusado Francesc Homs, quien mediante carta de 6 de noviembre dirigida al Presidente del CTTI, legitimó e impulsó la continuación de los trabajos, señalando que no estaban afectados por la Providencia del TC, e inclusive llegó a poner a disposición del CTTI los servicios jurídicos de su departamento para el caso de que hubieran de ser ejercitadas acciones legales si T-Systems no desarrollaba tales trabajos, lo cual condujo a que los mismos prosiguieran y culminaran en los días sucesivos.

Esos trabajos resultaban esenciales para la celebración del proceso habida cuenta de que T Systems estaba encargado de tres programas informáticos, dos para ser instalados en los ordenadores portátiles que se distribuirían a las mesas de votación (uno para registrar a los participantes a medida que iban votando y otro para consignar y consolidar los resultados en cada mesa) y uno para ser instalado en los centros de procesamientos de datos del propio CTTI (cuya función sería introducir los resultados que se fueran recibiendo a fin de consolidarlos y proceder a su tratamiento y presentación).

La entrega, posterior a la Providencia del TC, por T Systems de los programas resultó crucial:

Ese mismo día 7 de noviembre por parte de los contratistas privados de la Generalitat se procedió a impartir en la sede del CTTI formación a voluntarios acerca del funcionamiento del programa destinado a recibir, agrupar, consolidar y tratar los resultados de la votación en la central de procesamiento del propio CTTI.

Durante los días 7 y 8 de noviembre la mercantil FUJITSU (en realidad las mercantiles subcontratadas por ésta) procedió a la instalación de los programas informáticos construidos por T-SYSTEMS en los 7.000 ordenadores portátiles adquiridos por el Departament de Ensenyament.

Los mismos días 7 y 8 de noviembre, e igualmente por FUJITSU y sus subcontratistas, se instaló en la sede del CTTI la infraestructura material necesaria para controlar el desarrollo y resultado de la votación: el *call-center* para resolver incidencias comunicadas telefónicamente y recibir los resultados, y se puso plenamente a punto el centro de tratamiento de datos para procesar los resultados a medida que se fueran recibiendo de las mesas.

Y también esos días 7 y 8, e incluso el propio 9 de noviembre, FUJITSU y sus subcontratistas procedieron a instalar físicamente los ordenadores en las mesas de votación y probar su estado de funcionamiento, a medida que se completaba su preparación con los programas correspondientes.

b) El Departamento de Presidencia contrató con FOCUS SA, quien a su vez subcontrata con FIRA DE BARCELONA, la acomodación del pabellón italiano de Montjuïc, para instalar el centro de prensa internacional, donde la Vicepresidencia facilitaría los resultados de la jornada 9N.

Las obras para el acondicionamiento se realizaron durante los días 7 y 8; siendo el día 9 utilizado a tales fines y el día 10 desmontado.

El contrato y presupuesto firmado entre FIRA DE BARCELONA y FOCUS tienen estampada la fecha 3 de noviembre de 2014, pero obra en las actuaciones el correo electrónico remitido por una empleada de FIRA a empleados de FOCUS al que se acompaña el contrato para el evento y el

presupuesto, correo que consta enviado el día 7 de noviembre, conteniendo el cuerpo del mensaje la indicación expresa de que había que cambiarle la fecha al presupuesto.

c) A partir del 3 de noviembre la mercantil UNIPOST, que había sido contratada al efecto por la Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions de la Generalitat (EADOP), inserta en el organigrama administrativo como dependiente de la Secretaria del Govern del Departament de la Presidencia, llevó a cabo el reparto masivo de correspondencia oficial conteniendo información de la convocatoria, para cuya efectividad el Departament de Presidencia le había cedido previamente los datos contenidos en un fichero temporal de titularidad pública. Dicha distribución, por su envergadura, necesariamente prosiguió en días posteriores al 4 sin que se efectuara por el acusado FRANCESC HOMES indicación alguna para su paralización.

d) La campaña de publicidad institucional, para fomentar la participación en la votación, contratada por el Departamento de Presidencia con MEDIA PLANNING GROUP, a quien se encomendó la inserción en los medios de comunicación (prensa, autobuses, cartelería, internet, cine) de los diversos contenidos de la campaña institucional, fue iniciada a finales del mes de octubre, continuó durante el mes de noviembre y se prolongó, no obstante la suspensión constitucional, sin que el acusado Francesc Homs realizara acto alguno para su suspensión, hasta el día de la votación. Ello se observa en los albaranes y facturas aportados por la contratista MEDIA PLANNING GROUP y que se corresponden con los servicios publicitarios prestados por sus propios proveedores en cuanto al encargo de la Generalitat, figurando consignadas en muchos de ellos *fechas de prestación del servicio* (inserción de publicidad) posteriores a la suspensión por el Tribunal Constitucional.

e) El día 4 de diciembre de 2014 (registro de salida del día 5), el acusado Francesc Homs remitió una carta al Consell de l'Audivisual de Catalunya (CAC) ratificando previas misivas del Secretari de Comunicació del Govern, dando cuenta del incumplimiento de los prestadores de servicios de la comunicación audiovisual ONDA CERO, CADENA SER y COPE, por haberse negado a

difundir gratuitamente la campaña informativa de anuncios y mensajes relativos al proceso de participación del 9N.

La finalidad era posibilitar la apertura de expedientes sancionadores contra dichos medios.

Llegado el día 9 de noviembre de 2014, la votación, como es notorio, tuvo efectivamente lugar. Ello acaeció en todo momento bajo el control directo de la administración autonómica.

En definitiva, la concatenación de omisiones y de acciones del acusado FRANCESC HOMES y la secuencia de actos jurídico-administrativos que de las mismas se derivaron, formalizados o no, por parte de funcionarios de su Departamento, determinaron la total ineficacia de la orden de suspensión cautelar contenida en la Providencia dictada por el Tribunal constitucional el día 4 de noviembre de 2014.

El incumplimiento de la suspensión acordada en la Providencia determinó que se celebrase, habiendo sido privada expresamente la administración de competencia para ello, una consulta que posteriormente en Sentencia 138/2015, de 11 de junio de 2015, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional al señalar en sus fundamentos jurídicos que *“Por tanto, procede declarar que las actuaciones de la Generalitat de Cataluña preparatorias o vinculadas a 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”* y por ello decidir: *“Estimar la impugnación de disposiciones autonómicas (Título V LOTC) promovida por el Abogado del Estado en representación del Gobierno y, en consecuencia: Declarar que son inconstitucionales 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 2014 (y en los días sucesivos en los términos de la convocatoria), mediante un denominado “proceso de participación ciudadana”,*

contenidas en la página web <http://www.participa2014.cat/es/index.html> y los actos y actuaciones de preparación para la celebración de dicha consulta, así como cualquier otra actuación no formalizada jurídicamente, vinculada a la referida consulta”.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los hechos anteriormente consignados se consideran indiciariamente constitutivos de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal y de un delito de desobediencia grave cometido por autoridad pública del art. 410.1 del Código Penal (en redacción vigente al tiempo de los hechos, por resultar más favorable a la dada por la LO 1/2015), en afirmada relación de concurso ideal.

En cuya consecuencia, como prevé el art. 783.1 LECr procede acordar la apertura de juicio oral.

SEGUNDO.- No procede acordar medidas cautelares, pues no han sido solicitadas por la acusación.

TERCERO.- Corresponde conocer del enjuiciamiento, en virtud de lo dispuesto en el art. 57 de la LOPJ, al Tribunal de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Siendo además esta resolución judicial que acuerda la apertura del juicio oral, la que fija en estas causas con aforados, el momento en el que queda definitivamente fijada la competencia del Tribunal de enjuiciamiento aunque con posterioridad a dicha fecha se pierda la condición de aforado, tal como resulta del Acuerdo del Pleno de la Sala de 2 de diciembre de 2014, desarrollado en la STS 869/2014, de 10 de diciembre.

CUARTO.- De conformidad con las previsiones del art. 784.1 LECr, procede dar traslado de esta resolución y escrito de acusación, así como de las actuaciones, por fotocopia, al acusado, para que el plazo de DIEZ DIAS presente escrito de defensa, frente a la acusación formulada.

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO: Ordenar la apertura del Juicio Oral contra el acusado FRANCES HOMS i MOLIST por los hechos que se recogen en la presente resolución, indiciariamente constitutivos de un delito de prevaricación administrativa y de un delito de desobediencia grave cometido por autoridad pública, en relación de concurso ideal.

Se considera competente para el enjuiciamiento la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Dése traslado de esta resolución y del escrito de acusación, así como de las actuaciones, por fotocopia, al acusado, para que presente escrito de defensa en el plazo de DIEZ DIAS.

Contra esta resolución, donde no se han acordado medidas cautelares personales, no cabe recurso alguno, pudiendo el acusado reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor, de lo que como Secretario, certifico.