

Diligencias Previas
Procedimiento Abreviado nº1891/09-C

**AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NUMERO CINCO DE
MADRID PARA ANTE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE
MADRID**

Don Jorge Deleito García, Procurador de los Tribunales y de Doña Carmen Menéndez González-Palenzuela y otros, tal como tiene debidamente acreditado en los Autos arriba referenciados, ante el Juzgado comparece y, como mejor proceda en Derecho, **DICE:**

Que le ha sido notificado el Auto de fecha 23.02.2015 en cuya parte dispositiva se vuelve a acordar, por tercera vez, el sobreseimiento provisional y archivo de las presentes diligencias por considerar que los hechos no son constitutivos de delito.

Que estando en desacuerdo con el contenido del Auto, por estimar en estrictos términos de defensa y con el debido respeto, que el mismo es contrario a Derecho y lesivo para los intereses de mis representados, mediante el presente escrito interpongo **RECURSO DE APELACION** dónde se interesa la revocación de la citada resolución.

El recurso se interpone en tiempo y forma y se fundamenta en los siguientes,

MOTIVOS DE IMPUGNACION

PRIMERO.- Indica el Auto que respetuosamente venimos a impugnar que no se han solicitado por la parte acusadora, la que esto suscribe, nuevas pruebas por entender que la instrucción está finalizada. Coincidimos plenamente con la Instructora en este punto, hasta el punto que esta parte había solicitado la continuación de los trámites para la apertura del juicio oral siguiendo los trámites, habida cuenta del delito perseguido, previstos la Ley del Jurado.

SEGUNDO.- Indica también el Auto recurrido que se ha tenido muy en cuenta las dos resoluciones dictadas en su día por la Audiencia Provincial revocatorias de los sobreseimientos acordados y para ello argumenta que las expresadas resoluciones revocatorias lo eran precisamente por la falta de práctica de determinadas pruebas interesadas por este parte. Continúa diciendo que una vez practicadas las mismas, éstas no han aportado más elementos a la causa y que en consecuencia procede determinar si los indicios de delito cuya existencia constató la Audiencia en sus resoluciones se han concretado y son suficiente una vez concluida la Instrucción.

TERCERO.- SOBRE LOS ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA EXISTENCIA DEL TIPO DEL DELITO DE MALVERSACION

1. El Auto de 23.02.2015 como ya hiciera el de 06.02.14 vuelve a indicar que:

- a) *“no es posible concluir que los vehículos o teléfonos relacionados hayan sido utilizados en los presuntos seguimientos objeto de las actuaciones, ni por tanto que consumos telefónicos o de combustible pueden estar vinculados con los hechos imputados, ni como consecuencia de lo anterior que se haya producido un destino de los mismos ajeno a la función pública”, y*
- b) *“tampoco la prueba practicada ha permitido concretar el importe de la defraudación, si ella ha existido”*

2.- Sorprende sobremanera los dos argumentos esgrimidos ahora de nuevo, porque los mismos ya fueron resueltos por el Auto de la Audiencia que estimó el recurso contra los anteriores sobreseimientos.

3. Sostuvo la Audiencia en su tan repetido Auto de 22.03.2011 (fundamento jurídico octavo) que *“en este supuesto, siempre a título indiciario, se han utilizado varios funcionarios, a los que se estaba pagando su nómina, para destinarlos a fines ajenos a la causa pública. Dichos funcionarios habrían destinado jornadas enteras durante muchos días al mes, los especificados en los partes, y al menos durante tres meses a fines ajenos a la función encomendada estatutariamente”*.

Y también sostuvo la Audiencia en su auto de 16.05.2012 entre otros extremos que:

“(…) En consecuencia con lo expuesto, visto que esta Sección ya se pronunció anteriormente sobre la existencia de indicios de delito, que se mantiene actualmente el sobreseimiento acordado por la Sra. Juez de instancia debe ser revocado (...)”

Es decir, la Audiencia entendía que de las actuaciones hasta aquel momento practicadas ya se daban en los hechos los elementos determinantes del tipo de malversación de caudales públicos. Además, continuaba diciendo el auto de 22.03.2011 y ratificó el Auto de 16.05.2012 que la *“supuesta dificultad en la fijación del importe de lo defraudado, no puede querer decir impunidad. No debe esta Sala, en este momento procesal, pronunciarse sobre la tipificación exacta de la malversación, pero con los datos que venimos adelantando no es en absoluto descartable hacer evaluación del perjuicio a través, de las nóminas abonadas en los días acreditados de los seguimientos, los vehículos usados en esos días, el combustible repostado y los consumos de móviles con sus correspondientes facturas. La complejidad tampoco puede ser sinónimo de impunidad. Además el bien jurídico de estos delitos no tiene sólo un contenido puramente económico sino que incluye la garantía de la confianza que se deposita en el recto actuar de la administración pública y la legalidad de su actuación”*.

4. Es de indicar que entre la fundamentación jurídica anterior y el Auto que ahora volvemos a recurrir se han incorporado precisamente los consumos telefónicos en forma de facturas así como los consumos de combustible y reportaje. También que se ha procedido, con los medios disponibles para esta parte a cuantificar las cantidades defraudadas por más que la Juzgadora en algún caso no pueda estar de acuerdo con la inclusión de uno u otro concepto concreto.

5.- Por eso nos sorprende que el tercer nuevo Auto se pronuncie en los mismos términos que el primero sin que parezca que la Instructora haya tenido en cuenta los referidos Autos de la Audiencia Provincial, aunque dice tenerlos bien presentes.

6. De los Autos de la Audiencia, ya se desprendían indicios de existencia de los elementos del tipo de malversación de caudales públicos en la conducta de los imputados, cuestión que si cabe, queda más aclarado (en cuanto a la cuantía de la defraudado) con las facturas y cuantificación que se han aportado. Consideramos que la Instructora ante la rotundidad del pronunciamiento de la Audiencia sólo le hubiera cabido, so pena de vulnerar el elemental principio de jerarquía, proceder de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 779.4º de la LECr y mandar continuar con el procedimiento dando traslado a las partes y al Ministerio Fiscal para solicitar en su caso, la apertura del juicio oral que es precisamente lo que esta parte había solicitado.

7. Pero la sorpresa se sigue manteniendo, pues aún cuando la Audiencia estima que existen indicios de *“grave perjuicio para la causa pública”* en la conducta de los imputados, resolviendo dos resoluciones favorables al archivo y sobreseimiento de la causa, la Instructora sigue sosteniendo la no existencia de delito alguno. Es como si los Autos de la Audiencia y sus pronunciamientos carecieran de todo valor....

8. Por si existieran dudas al respecto, hay signos aún más concluyentes del parecer de la Audiencia sobre los hechos. El Fundamento Jurídico 5º del repetido Auto de 22.11.2011 comienza con una frase que deja lugar a pocas dudas, cuando dice: *“De lo actuado aparecen indicios suficientes de la comisión de un delito de malversación de caudales públicos por el que se sigue la causa”*. Creemos que sobra cualquier otro comentario.

Y en el de 22.05.2012 se indica (FDJurídico Tercero *“(...) En consecuencia con lo expuesto, visto que esta Sección ya se pronunció anteriormente sobre la existencia de indicios de delito, que se mantiene actualmente el sobreseimiento acordado por la Sra. Juez de instancia debe ser revocado (...)”*

9. Volvemos a continuación a reiterar nuestros argumentos jurídicos esgrimidos ya en los recursos de apelación interpuestos contra los dos primitivos Autos de sobreseimiento, habida cuenta que el nuevo y tercer Auto que recurrimos vuelve a reiterar los argumentos jurídicos de aquellos.

10. Consideramos que se dan todos los elementos del tipo de la malversación de caudales públicos.

11. Las presentes diligencias se incoaron por un presunto delito de malversación de uso del artículo 433 del Código Penal.

Efectivamente estamos ante la denominada malversación de uso, la conducta típica sancionada en el artículo 433 del Código Penal vigente. En su redacción se observan las siguientes características: a) la conducta típica sancionada es, destinar a usos ajenos a la función pública; b) no se exige ánimo de lucro en el sujeto activo, funcionario público; c) El objeto material específicamente señalado está conformado por, los caudales o efectos; d) Exige una relación sujeto-objeto con la expresión, puestos a su cargo por razón de sus funciones; e) Prevé la posibilidad de una sanción menos grave si se devolviera lo distraído y f) finalmente, establece una remisión punitiva a la modalidad de malversación por apreciación, para aquellos supuestos en los cuales no se devuelva el importe de lo malversado.

12. Si bien el Auto considera que en todo caso, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 433 del Código Penal por no existir ánimo de lucro en la conducta de los imputados, necesario por lo demás en los tipos penales del malversación contemplados en los artículos 432 y 434, consideramos que también en esto el Auto no es ajustado a Derecho. Y ello por el juego de los delitos del Capítulo VII del Título XIX, pues consideramos de aplicación también de aplicación, además del artículo 433 el artículo 434.

13. Intentaremos explicarlo a continuación:

Señala el artículo 433 que: *“La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública, los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo”*.

Mientras que el siguiente artículo 434 indica que: *“la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad Estatal, Autonómica o Local u Organismo dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”*.

14. Lo primero que ha de decirse es que en este sentido no resulta nada fácil distinguir la conducta tipificada en el artículo 433 de la del artículo 434, pues, adviértase que *destinar a usos ajenos a la función pública* (del 433) es de hecho *dar una aplicación privada* (del 434). Ciertamente, la distinción entre ambos artículos ha sido señalado por varios autores como un *“pésimo ejemplo de técnica legislativa”* justamente por los inconvenientes que presenta el distinguir su contenido del previsto en el artículo 433.¹

¹ OLAIZOLA NOGALES, I.: “Los delitos contra la Administración pública”, ob. Cit. Pag. 387. En igual sentido, MORALES GARCIA, O.: Los delitos de malversación, apropiación, utilización temporal y administración desleal de caudales públicos, ob. Cot. Pag. 308; comenta: “la introducción del artículo 434 CP no permite concluir que la nueva sistemática haya ganado en claridad, a la vista de la excesiva proximidad de las conductas descritas en las tres normas subsiguientes”

15. En todo caso lo dispuesto en el artículo 434 es considerado una modalidad de uso, pues dar una aplicación privada bien puede entenderse como disfrutar de los bienes públicos sin apropiárselos. Obsérvese por ejemplo, en el sentido que nos ocupa, que la utilización de móviles, faxes, vehículos, etc asignados para determinadas tareas de representación o incluso útiles de oficina, todos pagados por alguna de las entidades públicas, en este caso, por la Comunidad de Madrid, en provecho propio o de un tercero conlleva de por sí una apropiación, es decir, disponer como dueño sobre los bienes que pertenecen al Estado. Otra cosa, es la vía apropiatoria empleada en este caso: *“su utilización en provecho propio o ajeno”*.

16. No obstante, se ha intentado encontrar diferencias entre las conductas típicas de malversación señaladas de uso. Una de las alternativas, y en ese parecer se encuentra el Auto que impugnamos, gira en torno al ánimo de lucro previsto expresamente en el presente supuesto delictivo, sin embargo todo parece indicar que cuando se señala dicha diferencia parece olvidarse que ante la falta de reposición de lo sustraído inmediatamente, -conducta del artículo 433-, la norma utilizada para sancionar es la determinada en el artículo 432 que sí contempla ánimo de lucro, de hecho, bien puede ser entendida como una simple modalidad atenuada de aquella misma dada la temporalidad de la apropiación, ante lo cual la vía del ánimo de lucro como posible elemento diferenciador se diluye.

17. Es decir, volviendo al Auto consideramos que la conducta de los imputados encuentra adecuado encaje en los tipos del delito del artículo 433 y 434, toda vez que ha existido a nuestro juicio utilización de efectos públicos para fines privados y grave afectación a la causa pública del artículo 434 del Código Penal.²

² MUÑOZ CONDE, F: Derecho Penal, Parte Especial, pag. 1020, da un ejemplo. Así, se dice habrá grave perjuicio para la causa pública, “cuando alguien utiliza su despacho como autoridad o funcionario público para actividades privadas (de médico, abogado, etc), mano de obra (carpinteros, fontaneros, jardineros, etc) para trabajos particulares, gastos de representación en actos privados o el mobiliario o instrumentos técnicos (teléfonos, fax, fotocopiadoras, vehículos) para usos particulares”

18. Los hechos que han quedado inequívocamente demostrados hasta el momento durante la instrucción son los siguientes:

- a) Al menos los asesores de seguridad Sres. José Luis Caro Vinagre, José Oreja Sánchez y Antonio Coronado Martínez, que prestaron declaración por dos ocasiones ante ese Juzgado en los que, en esencia, les resultó imposible aclarar el contenido concreto de su trabajo diario, más que con simples vaguedades, rebelan la inexistencia del más mínimo control sobre el contenido de sus funciones y labores realizadas e incurrir en contradicciones constantes, pero sí, coinciden en señalar al entonces Director General de Seguridad de la Consejería de Presidencia e Interior, D. Sergio Gamón Serrano, como su superior jerárquico y persona que les indicaba el trabajo diario a realizar. Frente a esa indefinición en sus funciones, por lo demás señalada en el Auto, surge la evidencia de las múltiples y completas coincidencias señaladas en los varios informes de “posicionamiento” telefónico que se encuentran en autos, que rebelan que, al menos, los Sres. José Luis Caro Vinagre, José Oreja Sánchez y Antonio Coronado Martínez coincidían muy cerca y a la misma hora en los lugares dónde se encontraban los Sres. Prada y, especialmente, el Sr. Cobo. Es decir, alguien –su superior jerárquico o ellos mismos- tomaron la determinación de utilizar para fines privados (en este caso “colocar cerca de los Sres. Prada y Cobo” –sin que se advierta el fin público perseguido) a funcionarios con todos sus medios y disponiendo de su jornada laboral (pues queda evidenciado que lo hacían durante la jornada laboral) para fines alejados del interés público, con ánimo de lucro que no es necesario que sea personal y/o patrimonial sino que basta con que beneficie a alguien, tal como hemos visto con anterioridad.
- b) El Sr. Gamón Serrano en sus comparecencias ante ese Juzgado en calidad de imputado; en las que tampoco puede aclarar el trabajo de los citados anteriormente, sino sólo nuevamente con vaguedades y hechos puntuales y en los que no se explica en absoluto las constantes llamadas telefónicas realizadas por los asesores de seguridad entre ellos y él, ni los constantes desplazamientos de aquéllos ni encuentra explicación alguna a que coincidan en el tiempo y lugar con los Sres. Prada y especialmente, con el Sr. Cobo. Es decir, queda determinado la utilización masiva de efectos públicos utilizados para fines privados y por tanto cumplido el requisito del tipo sobre el grave perjuicio para la causa pública.

- c) La prueba pericial caligráfica llevada a cabo por otro de los imputados D. José Manuel Pinto de la que cabe destacar que negó absolutamente que hubiera confeccionado los partes o anotados en ellos cosa alguna, no reconociendo su letra en los mismos, desprendiéndose después del informe caligráfico elaborado por la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil, incorporado en Autos, que: *“Los textos manuscritos debitados obrantes en los documentos foliados con los números 7, 16 y 40 han sido extendidos por autor del cuerpo de escritura remitido, D. José Manuel Pinto Serrano”*. Resulta palmario también a este respecto que las matrículas anotadas por el Sr. Pinto rebelan que éste no se dedicaba durante su jornada a asuntos que tuvieran que ver con sus funciones, bien por iniciativa propia bien por obedecer a órdenes superiores.
- d) Ha quedado probado de la prueba incorporada tras el Auto revocatoria del primer sobreseimiento que además del gasto en nóminas del personal al que ya se refería éste, son cuantificables los gastos de gasolina, utilización de vehículos y facturas telefónicas. Obviamente en ambos casos, se trata de listados inmensos, los que la Administración aporta dónde se mezclan indefectiblemente todo tipo de gastos, los propios de la función pública que desempeñaban estos u otros funcionarios, y los claramente ajenos a la función pública en que consistían las actividades que dan lugar a las presentes actuaciones.
- e) Como novedad respecto de los hechos anteriores, dos de los imputados, que llevaron a cabo los seguimientos, relataron ante el Juzgador de instancia cómo, quién y por qué se hicieron los mismos. Sucede que la Instructora no da especial credibilidad a los mismos por haberse hecho en un momento muy posterior y en un estado avanzado del procedimiento lo que a su juicio le resta credibilidad. Muy al contrario, considera esta parte, precisamente que se haga en un momento posterior (tras los dos autos de revocación de los sobreseimientos) aporta credibilidad pues no en vano también dijeron que en los estadios iniciales del presente procedimiento actuaron siguiendo los consejos (e incluso defensa letrada) proporcionada por sus superiores y que a la vista del fracaso de esa estrategia, se decidieron a contar la verdad.

19. Es decir, si como recoge el Auto de la Audiencia de 22.03.2011, y también el de 22.05.2012, se producen coincidencias con los lugares en los que se encontraban los Sres. Cobo y Prada, al menos existe una prueba indiciaria, de que los funcionarios de la Comunidad de Madrid gastaban su tiempo, sus traslados y sus teléfonos (todos ellos efectos puestos a su servicio para la función pública) en, cuando menos, *“estar en las inmediaciones”* de los denunciados Sres. Cobo, Prada y Sra. Rodríguez Flores. No se advierte la justificación que para el fin público tienen esas coincidencias en ninguno de los casos máxime cuando en algunos casos se realizan a altas horas de la noche o mientras esas personas se encuentran en restaurantes fuera de su jornada laboral o en actividades y compañías totalmente privadas. A ello debiera contribuir decisivamente que tampoco los funcionarios, han sabido ni han podido, en las distintas comparecencias que se han realizado, explicar de manera coherente, sino más bien de forma contradictoria los cometidos y trabajos que realizaban ni por supuesto cuál es la justificación de esas coincidencias.

20. Nos encontramos con funcionarios que no saben lo que tienen que hacer cada día, que no tienen un trabajo diario asignado, que difícilmente son capaces de decir un lugar habitual de permanencia durante su horario laboral y que tampoco pueden explicar qué hacían cuando se encuentran en las inmediaciones de unos determinadas personas. Y en esto estamos de acuerdo con el Auto: no es lo importante lo que hacían sino que lo que hacían está totalmente alejado de los fines públicos y que alguien los utilizaba para fines privados.

21. De manera que resulta del todo obvio que existen, al menos, indicios que determinan la posibilidad de que los efectos (el tiempo y sueldos de los funcionarios, vehículos y teléfonos) no se utilizaban para fines públicos. Todo ello, como es natural, sin perjuicio de la contradicción a realizar en el plenario toda vez que nos encontramos en la fase de instrucción. A esta misma conclusión llega los tan repetidos Autos de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 22.03.2011. y de 22.05.2012.

22. Por ello, consideramos que la conducta realizada por los imputados sí es incardinable en el delito de malversación de los artículos 433 y 434 ambos del Código Penal y, al menos, en esta fase del procedimiento cuya fundamentación es por lo demás apreciar indicios y no certidumbres totales y ver si los mismos pueden ser encajados en los tipos penales preexistentes, que resulta a todas luces claro que los imputados utilizaron medios públicos para fines privados. La simple operación aritmética de sumar las nóminas que percibieron, más las llamadas telefónicas que se hicieron y el combustible que repostaron para los vehículos públicos con los que hacían los seguimientos,

traería como consecuencia que no debería haberse dictado un tercer auto de sobreseimiento con los mismos argumentos ya revocados, tercer auto éste que es el que venimos a impugnar.

Por todo cuanto antecede,

SUPLICA AL JUZGADO, que tenga por presentado este escrito con las copias que se acompañan, lo admita a trámite y tenga por interpuesto **RECURSO DE APELACION** contra el Auto dictado por el Juzgado dictado por el Juzgado de fecha 06.02.12 por el que se acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las presentes actuaciones, dictando tras los trámites legales oportunos resolución por la que en mérito a lo expuesto revoque el Auto recurrido y acuerde se continúe el presente procedimiento y en consecuencia se proceda a dictar Auto de conversión al procedimiento del Jurado tal como esta parte tenía interesado.

Por ser de Justicia que solicita en Madrid a tres de marzo de dos mil quince.

Fdo. Wilfredo Jurado Rodríguez
Abogado 52052

Fdo. Jorge Deleito García.
Procurador de los Tribunales