

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 24 DE MADRID

Pza. de Castilla, 1 , Planta 7 - 28046

Tfno: 914932324

Fax: 914932326

43005680

NIG: 28.079.00.1-2018/0023117

Procedimiento: Diligencias previas 410/2018

Delito: Prevaricación administrativa y Malversación de caudales públicos

AUTO NÚMERO 1172/2019

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO-JUEZ QUE LO DICTA: DOÑA CORO MONREAL HUERTA

Lugar: Madrid

Fecha: 13 de junio de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las presentes diligencias previas se incoaron al aceptarse la competencia para conocer del testimonio remitido por el Juzgado de Instrucción nº 21 de Valencia, por auto de fecha 21 de marzo de 2018, y para investigar la posible comisión de delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos, en el expediente administrativo 020000001696, elaborado por los órganos competentes del Ministerio de la Vivienda, en el año 2008, relativo a la adjudicación de un contrato administrativo a la empresa CRESPO GOMAR S.L., para la realización de la creatividad de la campaña de publicidad institucional para difundir los contenidos del Plan Estatal 2009-2012 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

SEGUNDO.- Se ha oído en declaración a los investigados y al perito del Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado que elaboró informe a instancias de la Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción nº 21 de Valencia para analizar las posibles irregularidades o ilegalidades existentes en el expediente de contratación referido, obrante en la causa.

TERCERO.- La defensa del investigado, D. Nicolás Mateos Quiroga, interesó el sobreseimiento de las actuaciones respecto a su defendido al considerar que ninguna participación había tenido en los hechos; por su parte, la Abogacía del Estado, que actúa en defensa del resto de los investigados, a excepción del Sr. Vaquer Caballería y de D. Alberto Gomar Pascual, también interesó el sobreseimiento; dándose traslado a las demás partes, mostró su adhesión el Ministerio Fiscal y las defensas de los otros investigados, oponiéndose la acción popular, aquí el Partido Popular y Diputados del Grupo Parlamentario Popular de Les Corts Valencianes, que interesan se dicte auto de continuación por los trámites del procedimiento abreviado o se continúe con la instrucción, esto último, a la vista de la respuesta dada por el Ministerio de Fomento al

requerimiento del Juzgado relativa a que se certifiquen los trabajos realizados por la adjudicataria aquí investigada.

CUARTO.- La presente causa fue declarada compleja, previa solicitud del Ministerio Fiscal y verificado traslado a las demás partes, en resolución de fecha 31 de agosto de 2018.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Los requisitos del delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal, que castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo, son, en primer lugar, que se trata de un delito especial propio, en cuanto que solamente puede ser cometido por los funcionarios públicos (art. 24 del C.P.) y cuyo bien jurídico protegido no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración Pública, en cuanto debe estar dirigida a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho, de modo que se respete la exigencia constitucional de la garantía de los principios de legalidad, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Con la regulación y aplicación del delito de prevaricación, no se pretende sustituir a la jurisdicción administrativa en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la jurisdicción penal, sino sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no solo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. Ello implica, sin duda, su contradicción con el Derecho, que puede manifestarse según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado la resolución sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder, en definitiva, una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto.

En definitiva, para apreciar la comisión de un delito de prevaricación será necesario: 1º.- una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2º.- que sea contraria a derecho, es decir, ilegal; 3º.-que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4º.-que ocasione un resultado materialmente injusto; y 5º.- que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (STS 228/2013, de 22 de marzo).

En el delito de prevaricación es necesario que le autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución, por tanto, el elemento subjetivo es determinante para diferenciar la mera ilegalidad administrativa, por grave que resulte, del comportamiento sancionado penalmente. Dictar, u omitir, la resolución arbitraria, no determina por sí mismo la comisión de delito si no se constata la concurrencia del elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

El TS, en sentencias como la 152/2015, de 24 de febrero, excluye la prevaricación porque la autoridad acusada no había participado en el proceso previo, no constaba que tuviese ningún interés por las personas afectadas en el mismo, ni tampoco que conociese que se hubiere cometido irregularidad alguna. La arbitrariedad de la resolución, tiene ordinariamente una finalidad de beneficiar o perjudicar a alguien, por lo que la prueba del elemento subjetivo exige constatar la concurrencia de indicios de algún tipo de interés que explique el carácter espurio de la resolución dictada.

SEGUNDO.- Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, ha de partirse de la dificultad que de por sí entraña acreditar el hecho de que hasta doce funcionarios del Ministerio de la Vivienda, concierten su voluntad para alterar un procedimiento de contratación administrativa, beneficiando al adjudicatario, en detrimento de otros de los licitadores. Amén de la dificultad que comporta llevar a cabo una investigación respecto de unos hechos que acontecen en el año 2008.

Empezaré por referirme a D. Nicolás Mateos Quiroga, Jefe del Gabinete de la entonces Ministra de Vivienda, cuya intervención en el expediente objeto de investigación, se limita a firmar el pliego de prescripciones técnicas para llevar a cabo la contratación de la realización de la creatividad de la campaña de publicidad institucional para difundir los contenidos del Plan Estatal 2009-2012 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, en fecha 13 de octubre de 2008 (folio 359), y que resuelve declarar la urgencia del asunto, en fecha 14 de octubre de 2008 (folio 361), cesando en su cargo el día 4 de noviembre de 2008, una vez que se publicó en el BOE el Real Decreto en el que se le cesaba tras la aprobación en el Consejo de Ministros.

Junto a su firma en tales documentos, consta la de la también investigada, en su calidad de Jefa de Comunicación, D^a Eva M. Cuesta Cano, quién también suscribe el informe sobre insuficiencia de medios en el ministerio, en fecha 14 de octubre de 2008 (folio 360), con el informe favorable del Subsecretario del Ministerio, Sr. Vaquer Caballería, pero que, al tener que coger una baja médica, delega el resto de su intervención en el expediente que nos ocupa, en una persona de confianza del Gabinete de Prensa, D^a Eva Santiago Moriana, quién intervendrá a posteriori como vocal en tres de las mesas de contratación, y que elaborará junto con el investigado Sr. Lara, de la oficina de prensa, el informe técnico previo a la apertura de los sobres, que aún sin fechar, se ha acreditado se realizó con anterioridad a la celebración de la mesa del día 5 de diciembre de 2008, con la aportación por su defensa de correo electrónico con adjuntos, y un segundo informe con la investigada D^a Beatriz Tejada Rodríguez, también de la oficina de prensa, relativo a la calificación de temeraria de la oferta de uno de los licitadores.

Respecto a D. Pedro Plasencia Fernández, actualmente jubilado, entonces Subdirector General de la Oficina Presupuestaria, su intervención en el expediente de contratación, se limitó a estar presente en la mesa de contratación del día 5 de diciembre de 2008, como vocal, mesa en la que se abrieron los sobres con las ofertas económicas de los licitadores. Da por bueno, que, si su nombre aparece en el Acta de constitución de la mesa, estuvo presente, pero no recuerda nada de lo acontecido, lo que sí señala, por su experiencia, es que, si se trató de la apertura de los sobres, ello no se llevó a cabo sin la previa lectura de los informes técnicos.

Prácticamente la misma intervención tiene D^a Rita Lorite Becerra, Subdirectora General de Arquitectura, que aparece como vocal en la mesa de fecha 29 de diciembre, donde se acuerda la adjudicación definitiva de la contratación, y que no recuerda nada en absoluto, incluso se extraña de que es lo “que podía pintar allí”.

De los investigados cuya defensa asume la Abogacía del Estado, cuatro están en todas las mesas de contratación. Así, la Presidenta, Sra. Gálvez Vicente, Subdirectora General de la Oficialía Mayor; el representante de la Intervención Delegada, Sr. Arauzo González; la representante de la Abogacía del Estado, Sra. Domínguez-Alcahud Martín Peña; y la Secretaria, Sra. Fernández Caballero. D. Andrés Lara, que como he dicho supra, firma junto con la Sra. Santiago el informe técnico referido, asiste como vocal a la mesa del día 29 de diciembre de 2008, la última de las constituidas, se cree que en sustitución de la Sra. Santiago, que actúa como vocal en la mesas nº1, nº 2 y nº 3.

Dicho lo anterior, es cierto que, el informe pericial elaborado por un perito del Cuerpo Superior de Interventores y Auditores del Estado por requerimiento de la Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción nº 21 de Valencia, que se inhibió a favor de los juzgados de Madrid para la investigación del contrato público que nos ocupa, y que, como dijera el mismo en el acto de la ratificación de su informe, a preguntas del Ministerio Fiscal, le fue encargado analizar las posibles irregularidades o ilegalidades existentes en el expediente de contratación referido, detecta irregularidades, que se analizan de manera pormenorizada en el informe de la fiscalía al adherirse a la petición de sobreseimiento de la Abogacía del Estado (folios 1.355 segundo párrafo al folio 1.361), y que no voy a repetir aquí por lo ocioso, remitiéndome al informe de la Sra. Fiscal. Las irregularidades detectadas por el perito, han sido desmontadas por los investigados con sus declaraciones y con la documental que ha aportado su defensa, la Abogacía del Estado, fundamentalmente acreditando la vigencia de determinada legislación administrativa en el momento en que ocurren los hechos investigados y que la fiscalía cita de manera explícita en su informe de fecha 20 de noviembre de 2018, cuyo contenido doy íntegramente por reproducido.

Por ello, y atendiendo a lo doctrina jurisprudencial expuesta en el anterior fundamento de derecho, coincido con el argumentario de la Abogacía del Estado y con el Ministerio Fiscal, y concluyo que no existe delito de prevaricación administrativa.

TERCERO. – No cabe hablar tampoco de delito de malversación de caudales públicos, del artículo 432 del Código Penal, este atribuido también a D. Alberto Gomar, adjudicatario de la licitación, que sería un extraneus partícipe en el delito cometido por los funcionarios, cuya conducta, de ser punible, lo sería con las penas previstas para el delito de apropiación indebida, compartiendo el criterio de la fiscalía, pues no hay ningún indicio para presumir que los funcionarios públicos investigados, que intervinieron como queda dicho, en la tramitación del expediente administrativo 020000001696, relativo a la adjudicación de un contrato administrativo a la empresa CRESPO GOMAR S.L., para la realización de la creatividad de la campaña de publicidad institucional para difundir los contenidos del Plan Estatal 2009-2012 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, sustrajeren el importe de 126.208 euros, que fue transferido a la cuenta 00303318780000217271, según consta al folio 525 de las actuaciones, importe cuyo perceptor fue CRESPO GOMAR, S.L.

La acción popular, insiste en su oposición al archivo de las actuaciones, en que CRESPO GOMAR, S.L., no entregó el trabajo por el que cobró, o que si lo entregó, luego no se utilizó. Pues bien, sobre esta cuestión, el propio perito judicial, explica en el acto de ratificación y a preguntas de la abogada de la acción popular relativa a que si se debe de adjuntar o hacer constar lo que se recepciona en el acto de la recepción, el perito contesta que no necesariamente, y que lo que se hace constar en la recepción es lo contratado y regulado en el pliego, como así consta en las actuaciones, véase al folio 526, el ACTA DE RECEPCIÓN, fechada el 30 de diciembre de 2008, con presencia por parte del Ministerio de Vivienda, del investigado Sr. Vaquer Caballería, Subsecretario del Ministerio, y por parte de la empresa adjudicataria, el investigado D. Alberto Gomar Pascual, únicamente ellos dos, dado que, la Intervención Delegada, en uso de sus facultades y conforme a la ley, acordó no designar representante para que asistiera a tal acto. Previamente, y en fecha 29 de diciembre, se había firmado el contrato entre las partes contratantes, por las mismas personas.

Si tal y como sospecha la acción popular, el trabajo no se entregó, o si se entregó, luego no se desarrolló, ante lo que informa el Ministerio de Fomento al folio 1430, el acta de recepción contendría una falsedad, y por consiguiente, se habría cometido un fraude por parte de los firmantes de dicho documento, los investigados citados supra. Este hecho, como tal, a mi juicio, podría integrar el delito de los fraudes y exacciones ilegales del artículo 436 del Código Penal, compatible con el delito de malversación, pero del que tampoco hay indicios racionales bastantes para continuar por los tramites, no del procedimiento abreviado, sino para adaptar el presente procedimiento al del Tribunal del Jurado, una vez descartado el delito de prevaricación administrativa. Ello es así, por cuanto que, los firmantes del contrato de adjudicación y del acta de recepción, niegan la mayor, esto es, que los trabajos no se efectuasen y en consecuencia no se entregasen; el Subdirector General de Coordinación y Gestión Administrativa, del Ministerio de Fomento, informa al requerimiento del Juzgado que “tratándose de contratos adjudicados en 2008 y 2009 por el Ministerio de Vivienda, departamento ministerial posteriormente extinguido e integradas sus competencias en este Ministerio de Fomento, instada la búsqueda de antecedentes en varias unidades y completada la búsqueda, informan que no ha sido hallada la documentación solicitada”, lo que no implica que no se contase con tales antecedentes en aquella fecha y estando en funcionamiento el Ministerio de Vivienda, añado yo.

Respecto a la hipótesis de que si se entregaron los trabajos, no se desarrollaron en la posterior difusión informativa, que pasaba por una nueva licitación, es una cuestión ajena a los hechos investigados en el presente procedimiento, y desde luego, no imputable a los aquí investigados, todo ello sin perjuicio de la investigación que pueda desarrollarse por el Tribunal de Cuentas, al que se va a deducir testimonio con el tanto de culpa, por si existiese responsabilidad contable.

Por todo lo anteriormente expuesto, debe de acordarse el sobreseimiento provisional, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 779.1,1ª, en relación con el artículo 641.1º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no resulta debidamente justificada la perpetración de los delitos de prevaricación administrativa y malversación de caudales públicos, que dieron lugar a la incoación de las presentes actuaciones, ni del delito de fraude y exacciones ilegales anteriormente mencionado.

Por todo lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

Resuelvo,

Acordar el sobreseimiento provisional y archivo del procedimiento.

Deducir el tanto de culpa con **testimonio** de lo actuado, para su remisión al Tribunal de Cuentas, a los efectos que proceda.

Notifíquese la presente al Ministerio Fiscal y a las demás partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE REFORMA** y **SUBSIDIARIO DE APELACIÓN** dentro de los **TRES DÍAS** siguientes a su notificación, o bien, **RECURSO DE APELACIÓN DIRECTO** dentro de los **CINCO DÍAS** siguientes a la última notificación.

Lo acuerda y firma S.S^a. Doy fe.

El/La Juez/Magistrado-Juez

El/La Letrado/a de la Administración de Justicia

En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal).