

LA TIPICIDAD DE LA PROPOSICIÓN PARA LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Albert Comellas i Novillo

Concejal del Ayuntamiento de Esplugues de Llobregat (Barcelona)

RESUMEN

Un reciente auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, dando respuesta a un recurso en el marco de las actuaciones judiciales impulsadas por un concejal de Esplugues (querrela criminal y demanda civil), puede aportar mayor *seguridad jurídica a todos los cargos electos y funcionarios en España, que son alertadores natos de la malversación de caudales públicos por imperativo legal*. Así, están obligados a denunciarla bajo el riesgo de quedar inhabilitados para cargo público si adoptando el rol de encubridor no lo hacen, independientemente de si los inductores a la malversación, consumada o en grado de tentativa, trabajan en la administración pública o no.

ABSTRACT

A recent warrant issued by the “Provincial Court of Barcelona” in response to a writ by an alderman in the Catalan city of Esplugues de Llobregat may provide legal certainty to all elected officers and public servants in Spain. They must act by legal imperative as whistleblowers and report embezzlement of public funds, be it an attempt or consummated. Concealing the issue and not reporting it would lead to undertaking the risk of disqualification from public office, independently of whether the inductors work in the public sector or not.

1. EXTRACTOS DEL AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA.

En el marco de las actuaciones que después se explicará sucintamente y como consecuencia de un recurso a la Audiencia Provincial de Barcelona¹, ésta ha emitido un auto² el tres de julio de 2018 que contradice la oposición del ministerio fiscal y la doctrina previa de la “Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada”. Dicho auto considera tipificable la proposición (y por extensión, la conspiración) para la malversación de caudales públicos a todos los presuntos infractores, sin que sea necesario que estos ostenten el cargo de cargo electo o funcionario público.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, no precisa el precepto que regula la proposición que quienes inviten a otros a cometer el delito deban reunir las cualidades idóneas para ser autores del mismo, y lo cierto es que los querellados parecen haber llevado a cabo respecto del querellante no sólo una invitación sino una determinación a realizar algo que sabían que era

¹ Recurso de apelación a la APB en el enlace <http://www.albertcomellas.com/index.php/26-documents-d-interes-nou/37-recurs>

² Auto de la APB en el enlace <http://www.albertcomellas.com/index.php/26-documents-d-interes-nou/38-auto-apb>

ilícito o podría serlo, conminándole a realizarlo si no quería ver comprometida su carrera política como representante del partido.

(...)

Es más, habiéndose dicho que la proposición es una especie de inducción frustrada o una tentativa de inducción, si hubiese llegado a iniciarse la ejecución del hecho delictivo no cabe duda de que los inductores habrían sido castigados por ello, no precisándose que también pudieran haber sido sujetos activos del mismo dada su especialidad, por lo que no hay motivo alguno que excluya la punición cuando quien haya intentado que ello se produzca no lo consiga.

(...)

En base a lo expuesto, procede estimar el recurso y revocar la resolución estimatoria del recurso de reforma, debiendo estarse a la inicial resolución que admitió a trámite la querrela por los tres delitos atribuidos a los querellados...

El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona mantiene así la imputación inicial a los siete querellados del juzgado número 3 de Esplugues de Llobregat, que en todo caso ya había expresado su reprobación moral al comportamiento de los investigados si las afirmaciones del concejal denunciante se ajustaban efectivamente a lo sucedido la noche de autos.

La Audiencia Provincial de Barcelona fortalece así el funcionamiento de las instituciones cubriendo legalmente a los servidores públicos que alerten del desvío de fondos públicos para, por ejemplo, la presunta financiación ilegal de campañas electorales de los partidos políticos.

Con este auto se acaba una situación de peligrosa asimetría en la que hasta ahora los servidores públicos estaban obligados a denunciar los delitos de malversación de caudales públicos tanto en grado de tentativa como la consumada pero, sin embargo, no podían emprender acciones legales contra los proponentes (individuales) o conspiradores (en grupo). Y es que los servidores públicos, cargos electos o funcionarios, están legalmente obligados a denunciar la malversación de caudales públicos. Si no lo hiciesen quedarían inhabilitados, como encubridores de esos delitos, para ejercer un cargo público.

2. ORIGEN DEL AUTO COMO RESPUESTA A UN RECURSO.

El origen de este caso se remonta a la noche de autos del 14 de febrero de 2017. Siendo cuando el concejal que suscribe, entonces cuarto teniente de alcalde del gobierno municipal de coalición (PSC-CiU) en Esplugues de Llobregat (Catalunya), fue presuntamente víctima de los hechos denunciados a continuación. Se le instaba explícitamente a desviar las aportaciones municipales al grupo del PDeCAT para un finalidad explícitamente prohibida, como era la de ahorrarlos para sufragar los gastos de futuras campañas electorales. Ello se complementaría con la contratación de una persona no cualificada en un cargo de confianza del gobierno de coalición (un acuerdo verbal del pacto de gobierno³ PSC-CiU y que efectivamente estaba vacante por no haberlo aceptado dos expertos en industria) para liberar su sueldo de las aportaciones municipales al grupo político de dos concejales que tenía entonces. Esta persona ya estaba contratada directamente por los dos concejales del PDeCAT para realizar tareas de difusión de su actividad política.

Precisamente otro concejal del grupo municipal del PDeCAT en el ayuntamiento de Esplugues era el adjunto a la alcaldía en la concejalía de buen gobierno y transparencia, entre otros cargos del gobierno. Ambos concejales habían preparado previamente los argumentos y la documentación contable y legal necesaria para aducir la imposibilidad de realizar ninguna transferencia, en cumplimiento además del propio reglamento de buen gobierno y transparencia aprobado recientemente en el ayuntamiento con un amplio consenso político. Dado que el

³ Acuerdo de gobierno PSC-CiU en el enlace <http://www.albertcomellas.com/index.php/8-pacte-de-govern-2015-2019>.

concejal adjunto en materia de transparencia y buen gobierno estaba de baja médica por accidente, habilitó la presencia de testigos a lo largo de todo el encuentro del cuarto teniente de alcalde con el nuevo equipo local del PDeCAT de Esplugues, en la habitual sesión de puertas abiertas con militantes y simpatizantes el día antes del pleno mensual.

Una vez acaecidos los hechos presuntamente delictivos la noche de autos del martes 14 de febrero de 2017, el cuarto teniente de alcaldía informó de los hechos a partir de la misma mañana del miércoles 15 a toda la línea jerárquica de su partido, a su Defensora del Asociado, a la alcaldesa y en reunión con los letrados municipales el lunes 20. Se efectuaron consultas con el secretario municipal (habilitado nacional), un subinspector de los *Mossos d'Esquadra*, la asesora jurídico laboral de ESADE Alumni y un profesor de Derecho Penal de la Universitat de Barcelona en su despacho profesional. Las indicaciones de todos ellos fueron unánimes en el sentido de remarcar la obligación de denunciar, contando incluso con un informe jurídico del propio secretario de la corporación⁴.

Se hizo así, presentando denuncia⁵ a la “Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada” en abril de 2017 y aportando el testimonio por escrito de uno de los testigos. Esta archivó el caso en auto⁶ de mayo de 2017, calificando dos de los hechos denunciados como presuntos delitos de coacción y amenaza y dándoles la naturaleza semi-pública. El cuanto a la malversación de caudales públicos en grado de tentativa, la fiscal la calificó como proposición para la malversación, sin justificarlo, considerándolo atípico y sin perjuicio de ulteriores acciones legales.

Así, se presentó querrela criminal⁷ en julio de 2017 redactada atendiendo estrictamente a las calificaciones dadas por “Fiscalía contra la corrupción y la criminalidad organizada” contra los siete miembros del equipo local del PDeCAT en Esplugues por coacción, amenaza y proposición para la malversación de caudales públicos. Fue admitida a trámite rápidamente⁸, ratificada el 19 de enero de 2018 y los siete querellados del PDeCAT investigados con esas tres imputaciones dieron sus versiones en declaración durante las diligencias previas en el juzgado 3 de Esplugues en mayo de 2018.

El recurso a la Audiencia Provincial de Barcelona tiene su origen en la desimputación por parte de la jueza instructora de las diligencias previas del delito de proposición para la malversación de caudales públicos a los siete investigados del PDeCAT de Esplugues, después de acreditarse durante la ratificación de querrela que ninguno de los siete querellados no eran funcionarios públicos ni cargos electos, manteniendo sin embargo las imputaciones por los delitos de coacción y amenaza.

⁴ Informe en catalán del Secretario Municipal del “Ajuntament d’Esplugues de Llobregat” en el enlace <http://www.albertcomellas.com/index.php/26-documents-d-interes-nou/12-obligacio-de-denunciar>

⁵ Denúncia a la “Fiscalía contra la Corrupción” en el enlace <http://www.albertcomellas.com/index.php/26-documents-d-interes-nou/10-denuncia>

⁶ Decreto de archivo de a la “Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada” en el enlace <http://www.albertcomellas.com/index.php/26-documents-d-interes-nou/11-resposta-de-fiscalia-contra-la-corrupcion-y-la-criminalidad-organizada>

⁷ Querrela criminal en el enlace <http://www.albertcomellas.com/images/20170711-querrela-criminal-ALBERT-COMELLAS.pdf>

⁸ Auto de diligencias previas en el enlace <http://www.albertcomellas.com/images/20171108-auto-de-declaraci-JUTJAT.pdf>

3. CONSECUENCIAS SOBRE EL CONCEJAL DENUNCIANTE.

Mientras, en un arriesgado ejercicio de justicia paralela, en octubre de 2017 la “*Comissió per a la Qualitat democrática, la transparència, el compliment ètic i de garanties*”⁹ del PDeCAT ya había decretado la expulsión del concejal alertador a petición de los siete investigados del PDeCAT de Esplugues, aunque la querrela criminal ya estaba sub-judice. Así, la “*Comissió*” afirmaba colegiadamente que no había ningún tipo de delito en los hechos denunciados y que el concejal denunciante no debería haber acudido a la justicia.

El recurso posterior del concejal alertador contra esta resolución de la “*Comissió*” fue dirigida al “*Consell Nacional*” del PDeCAT adjuntando también por buro-fax el auto de la imputación a los siete querellados de los delitos denunciados. Sin embargo, estos datos relevantes fueron ocultados a los consejeros nacionales del partido convocados el 13 de enero de 2018, propiciando así “*un desastre, sin garantías, como en el viejo partido*” (sic.) en contra del criterio de la Defensora del Asociado. En definitiva, los consejeros nacionales presentes ese día votaron la expulsión del concejal alertador sin conocimiento de la imputación de todos los delitos al equipo local de Esplugues, contrariando así presuntamente los estatutos del partido que obligan a tomar las decisiones de manera informada.

Por ironías del destino el “*Consell Nacional*” del PDeCAT votó a favor de la expulsión del concejal alertador de Esplugues el sábado 13 de enero de 2018, sin informarle de ello y dos días antes de la condena de CDC por el caso “*Palau de la Música Catalana*”. El viernes siguiente, 19 de enero de 2018, el concejal ratificó tal y como estaba previsto ante en el juzgado número 3 de Esplugues de Llobregat su querrela criminal por coacción, amenaza y proposición para la malversación de caudales públicos. Además pudo informar debidamente del cumplimiento de las amenazas presuntamente efectuadas por los investigados la noche de autos, gracias al testimonio y valoración por escrito de lo acaecido en el “*Consell Nacional*” del sábado 13 de enero de 2018 que había dado la propia Defensora del Asociado.

Estas actuaciones del “*Consell Nacional*” i la “*Comissió per a la Qualitat democrática, la transparència, el compliment ètic i de garanties*”, presuntamente contrarias a los estatutos y el código ético¹⁰ legalmente registrados por el propio partido, han comportado la interposición de demanda civil contra el PDeCAT, también admitida a trámite por otro juzgado de Esplugues de Llobregat. Quienes presidían los órganos que han dictado ambas resoluciones contra el concejal alertador habían ostentado cargos municipales y alcaldías en Barcelona y Sant Cugat del Vallès respectivamente, por lo que se les supone conocer que la obligación de un cargo electo es la de denunciar las tentativas de malversación de caudales públicos.

4. AVANCE EN LA CULTURA DEL CUMPLIMIENTO EN LOS AYUNTAMIENTOS

Las implicaciones de este auto de la Audiencia Provincial de Barcelona pueden ir más allá de este caso en particular y del resultado final judicial de la querrela criminal y la demanda civil. Hay seis posibles derivadas muy interesantes desde el punto de vista de la transparencia de las finanzas públicas del reconocimiento de que la proposición (y por ende, la conspiración) de la malversación pública es un delito tipificable a todo presunto infractor.

En *primer* lugar, podría ayudar a implantar la praxis de que *los ayuntamientos emprendan acciones legales para perseguir a quienes sus propias autoridades públicas denuncien a título personal* por las amenazas o coacciones para el uso presuntamente fraudulento de caudales públicos, en aplicación del artículo 408 del Código Penal Español.

⁹ Composición y funciones en catalán en el enlace <https://www.partitdemocrata.cat/web/transparencia/>

¹⁰ Codi ètic del PDeCAT en catalán en el enlace https://media.timtul.com/media/pdecat/Codi-Etic-i-de-Transparencia-del-Partit-Dmocrata-Europeu-Catala_20180216110048.pdf

“La autoridad o funcionario que faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de los que tenga noticia o de sus responsable, incurrirá en pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”

La función pública, y en particular ser un cargo electo, es una decisión libre y voluntaria. Sin embargo, su ejercicio no debería conllevar una exigencia heroica de justicia que, además, la mayoría de personas no puede sufragar ni sostener continuamente contra la maquinaria de los partidos o las empresas contratistas denunciadas. Si realmente se pretende que el ejercicio de la política no quede sólo en manos de las clases más pudientes o una clase aislada e impermeable de la realidad social, legal, tecnológica y profesional del país sino que sea plenamente democrática, entonces hay que dar cobertura legal desde las instituciones a quienes se presentan y ganan la confianza de sus vecinos en las urnas con un programa electoral avalado por su partido.

Los cargos electos tienen unos derechos (acceso a información privilegiada, cargos en entidades, compensaciones económicas) que les generan otras muchas obligaciones, como la de hacer público su patrimonio antes y después de su mandato, por ejemplo. Pero su derecho a ejercer libremente la función pública, de acuerdo a su criterio y deontología profesional, para implementar el programa electoral con el que se presentaron ante sus vecinos, también genera unas obligaciones en las instituciones en las que, efímeramente, trabajan por decisión popular.

En cambio hasta la fecha de dicho auto las autoridades restantes del gobierno del ayuntamiento de Esplugues de Llobregat han considerado en público este tema “un asunto interno del partido” (sic.)¹¹ a pesar de tratarse, como han sido precisamente y puntualmente informadas, de evitar el uso fraudulento para la financiación ilegal de futuras campañas electorales de un partido político con caudales públicos de su propio ayuntamiento.

En *segundo* lugar, dado el alcance que tiene la responsabilidad de los interventores y tesoreros municipales sobre el control de los caudales públicos, de los que responden patrimonialmente a título personal, podría ayudar a *extremar las precauciones de los habilitados nacionales sobre el uso que dan los grupos políticos a las aportaciones municipales para su funcionamiento interno*.

Así, por ejemplo, el “Código de buen gobierno y transparencia”¹² de Esplugues de Llobregat, aprobado con un amplio consenso político, define muy bien cuáles son los usos admisibles para esos fondos públicos y obliga a los grupos municipales a restituir aquella parte que no haya sido debidamente justificada al final del presente mandato, en mayo de 2019. Reciben, por tanto, el tratamiento de una subvención pública plenamente finalista. La justificación, aunque se haga un resumen anual por conceptos, se someterá sin embargo completamente al escrutinio del interventor municipal al final del presente mandato municipal del 2015 al 2019.

Cualquier intento de evasiva para soslayar el control de la intervención municipal bajo el pretexto de que los partidos políticos “madre” ya presentan su contabilidad consolidada al Tribunal de Cuentas iría contra la lógica imperante de que “el dinero público es público desde el

¹¹ Ver apartado de preguntas del público, en catalán, en al acta del pleno del ayuntamiento en el enlace <http://public.esplugues.cat/portal/acuerdosyjl.nsf/ACPLCOGO.ORDRE/.8F6B3FC8E9E1F183C12581090045D7F9.?OpenDocument>

¹² “Codi de bon govern i transparència de l’ajuntament d’Esplugues de Llobregat” en catalán en el enlace http://oficinavirtual1.esplugues.cat/opencms/opencms/sede/galeria/download/Codi_Bon_Govern_annex.pdf

primer hasta el último euro” al dividir la supervisión debida en función de quién sea quien recibe la subvención y pondría en el centro del dilema a los propios habilitados nacionales.

En *tercer* lugar, atendiendo al principio de indemnidad de los trabajadores, explícitamente recogido en la Constitución Española de 1978, podría ayudar a implantar la praxis de *proteger a los cargos electos y funcionarios públicos alertadores* de los mismos, *al mismo que tiempo que ayude a inhabilitar para cargo público a los cargos electos y funcionarios públicos encubridores de dichos delitos incoando actuaciones de oficio*.

Quizás sea, por tanto, totalmente innecesario proceder a elaborar una ley de protección de la persona denunciante, el conocido “alertador” o “whistleblower” en la conocida acepción en la voz inglesa equivalente. Hay una propuesta de ley que ha comenzado su trámite en el “*Parlament de Catalunya*” a iniciativa de la plataforma XNet¹³ y otra equivalente española, muy anterior pero cuyo trámite está totalmente atascado en el Congreso de los Diputados.

Esta aplicación del principio de indemnidad podría extenderse para proteger a los cargos electos que denuncien a las estructuras locales de su propio partido si su avidez de financiación les empujase a actuar sin el debido rigor, sin caer en el riesgo de ser expulsados de su propio grupo municipal si denuncian y pasar así a ser etiquetados como concejales no adscritos, que es una acepción envenenada de cara a su imagen pública porque fue creada para estigmatizar a los concejales y parlamentarios tráfugas, y por tanto, dejando así de ejercer el control debido sobre esas asignaciones a los grupos municipales.

En *cuarto* lugar, pero quizás el más importante desde el punto de vista del control democrático de las instituciones por parte de la ciudadanía, este auto puede *ayudar a formar un criterio a la prensa en su papel de cuarto poder* sobre qué es delito y qué no lo es. En un país donde la prensa y los medios audiovisuales “han tomado partido” de manera muy descarada, la promoción de lo público parece a veces haber pasado a un segundo plano en beneficio de la defensa sin ambages de unas posiciones partidistas predeterminadas.

En cambio, en un entorno de transparencia cada vez mayor en el uso de los caudales públicos, la prensa puede ejercer un mejor control efectivo a través de preguntas directas y concretas a cargos electos y funcionarios públicos sobre sus actuaciones, impulsando así la cultura del cumplimiento de las responsabilidades de la función pública.

En *quinto* lugar, dar semejante poder de denuncia a los cargos electos y los funcionarios públicos puede ayudar a efectuar un *cambio cultural de la percepción del servicio público* en las instituciones por parte de la ciudadanía, *dándoles el respeto que se merecen*. La vorágine de casos de corrupción que nos asaltan diariamente en los medios de comunicación pueden haber creado la sensación de impunidad total y de pervivencia del caciquismo más tradicional, las versiones hispánicas de la “*omertà*” i la “*vendetta*”, en la los caciques no eran conocidos principalmente por sus obras de caridad sino por su capacidad extra-legal de coerción a cualquier ciudadano. En el momento en que una persona electa o funcionaria tiene ahora a su disposición esta herramienta legal, además de extremar la debida prudencia en el trato y en el contenido de las conversaciones con ella, se le puede también exigir que la utilice como servidor público si llega el caso, aunque su partido la intente empujar al silencio.

En *sexto* lugar, la tipificación puede ayudar a mejorar la *debida coordinación entre las instituciones*, como las Oficinas Antifraude, las fiscalías y los propios ayuntamientos.

¹³ Propuesta de ley al Parlament de Catalunya en el enlace <https://xnet-x.net/xnet-parlament-catalunya-proposicion-ley-proteccion-alertadores/>

Así, tradicionalmente, se ha registrado una proporción muy baja de denuncias de casos de corrupción o malversación por parte de funcionarios y cargos electos. Sin duda se puede atribuir a la nula fe de los posibles denunciadores en dicha coordinación o en el resultado final, pero hay que considerar que la justicia es un servicio público que, como todos, está siempre un paso por detrás de la realidad y se abre camino lentamente, pero finalmente lo hace.

En el caso origen de este auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, la Oficina Antifraude de Cataluña le dio verosimilitud desde el primer momento. Pero, aparte de investigarlo y pedir información al respecto al interventor municipal, no ha podido interceder ante el ayuntamiento de Esplugues de Llobregat en defensa del concejal alertador porque sus competencias municipales fueron rebajadas legalmente en su momento por el propio “*Parlament de Catalunya*”, al que reporta en última instancia.

Así el concejal alertador fue expulsado por su partido de su grupo municipal sin respetar la aritmética democrática interna del mismo, en interpretación administrativa del secretario del ayuntamiento de un artículo introducido en la ley de bases municipal para luchar contra el transfuguismo. Recientemente se ha firmado un acuerdo de colaboración entre dicha Oficina Antifraude y la fiscalía del Estado para mejorar esa debida coordinación¹⁴.

5. CONSIDERACIONES Y AGRADECIMIENTOS FINALES

“Prefiero servirlos a mi modo que gobernarlos al suyo”
Coriolano, Shakespeare

Las personas pasamos pero las instituciones permanecen. Así, uno de los objetivos de la ONU, en particular el Objetivo de Desarrollo Sostenible 2030 número 16¹⁵, es trabajar por la paz, la justicia y construir instituciones de gobierno más sólidas. Dejando a banda cuál será el resultado legal final, el concejal que suscribe puede defender su versión de los hechos de la noche de autos del 14 de febrero de 2017. Pero sobre todo, el equipo de abogados que ha llevado hasta ahora el caso ha conseguido apartar ya algunas piedras en el camino de aquellas personas que sigan con la apasionante tarea de mejorar desde las instituciones los pueblos y ciudades de los vecinos a los que sirven. Su tenacidad ya ha sido recompensada y todos nos beneficiaremos.

¹⁴ Noticia publicada por la “Oficina Antifrau de Catalunya” en el enlace <https://www.antifrau.cat/es/1286-la-fiscal-general-del-estado-y-el-director-de-la-oficina-antifraude-de-cataluna-firman-el-primer-convenio-de-colaboracion-entre-ambas-instituciones.html>

¹⁵ ODS2030 número 16 de la ONU en el enlace <http://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals/goal-16-peace-justice-and-strong-institutions.html>