

AUDIÈNCIA DE BARCELONA SECCIÓ TERCERA

Altres recursos núm. 63/2015 -MI
PRÈVIES núm. 470/2010, peça separada 25 bis
JUTJAT D'INSTRUCCIÓ 1 DE SABADELL

INTERLOCUTÒRIA 239/15

Magistrats
SR. JOSÉ GRAU GASSÓ
SR. JOSEP NIUBÒ i CLAVERIA
SRA. CARMEN GUIL ROMÁN

Barcelona, 12 de març de 2015

FETS

1. En la peça separada 25 bis de les diligències prèvies 470/2010 del jutjat d'instrucció 1 de Sabadell, es van diverses provisions en les que es denegaven les peticions de sobreseïment de la causa efectuades per la defensa de diversos dels implicats com a imputats en elles, contra les que s'interposaren per les defenses de Josep Maria Freixanet, David Rodríguez, Pere Prat, Xavier Gasòliva, Glòria Mates, Joan Miquel Rodríguez, Llorenç Artigues, Fèlix Ballesteros, Víctor Orrit i Teresa Ginestà, recursos d'apel·lació bé de forma directa, bé subsidiària a la denegada pretensió de reforma prèviament formulada mitjançant el corresponent recurs amb aquell nom. Tots els recursos d'apel·lació foren admesos a tràmit i foren impugnats pel Ministeri Fiscal.

2. Es convocà una vista, accedint així a la pretensió d'alguna de les parts, per tal d'obtenir el tribunal la més correcta formació d'una convicció fonamentada, citant-hi no només a les parts que l'havien demanat, sinó a totes les apel·lants i no apel·lants intervinents en la causa. En la provisió mitjançant la qual es feia la convocatòria, expressament s'anunciava que en ella podrien les parts al·legar el que tinguessin per convenient sobre el caràcter públic o privat de



la Federació de Municipis de Catalunya i, en conseqüència, sobre si llur patrimoni i fons tenen o no la naturalesa de cabals públics.

3.La vista es celebrà el 20 de febrer amb intervenció del Ministeri Fiscal i de la defensa lletrada de les parts, intervenint-hi vuit d'elles. Tothom ratificà la seva pretensió, la petició de sobreseïment lliure per part de les defenses en considerar que els fets que motivaven la instrucció eren atípics penalment, mentre que el Ministeri Fiscal mantingué la impugnació que havia formulat en rebre el trasllat dels recursos, i sol·licità que proseguís la instrucció de la causa. Acabada la vista quedà el recurs, del que en fou designat ponent el magistrat Sr. Niubò, vist per a la seva deliberació i resolució, resolució que s'expressa mitjançant aquesta interlocutòria assumida de manera conteste pels tres magistrats que formaren el tribunal.

RAONAMENTS JURÍDICS

1.El que motiva els recursos és la denegació de les diverses peticions de sobreseïment formulades, denegació que es féu en diverses resolucions que revestiren la forma de provisió. Respecte de la forma adoptada per a fer aquell pronunciament podria discrepar-s'hi. Si per acordar el sobreseïment és imprescindible el dictat d'uan interlocutòria fonamentada, sembla el més lògic que per a denegar-lo calgui el mateix format de resolució. En tot cas, com sigui que l'adopció d'una o altra forma de resolució no perjudica el dret de defensa de les parts perquè poden formular en un i altre cas idèntic recurs, no té sentit abordar la qüestió més enllà del que ja s'ha fet.

2.La magistrada instructora considera en les resolucions recorregudes, que la fase processal en la que es troba la causa no permet pronunciar-se sobre la petició de sobreseïment. Certament l'article 779 de la Llei d'enjudiciament criminal estableix la possibilitat d'acordar aquella finalització del procés que suposa el sobreseïment (bé lliure, bé provisional) un cop s'hagi acabat la instrucció, però sembla clar que res no obsta que s'acordi abans quan queda manifestament palesa la concurrència de les circumstàncies legalment previstes (articles 637 o 641 de la Llei d'enjudiciament criminal) per a acordar-lo. Fins i tot aquella mesura es pot adoptar tan bon punt es té per interposada la denúncia o querella -per exemple quan no es coneix el possible autor de la infracció que es denuncia ni s'albiren possibilitats de saber-ho-. És a dir, l'article 779 preveu un moment concret (el de l'acabament de la instrucció) en el que es pot decretar el sobreseïment, però en cap disposició legal es prohibeix acordar-lo prèviament si hi ha raons legals per a fer-ho. No és ja una possibilitat, sinó que és una exigència, acordar el sobreseïment lliure quan en qualsevol moment de la instrucció es té clar que els fets que l'han motivada no constitueixen cap infracció penal.

3.El que les parts demanen, i és rebutjat per la magistrada instructora amb el ple recolzament del Ministeri Fiscal, és el sobreseïment lliure de la causa perquè consideren que els fets als que fa referència la peça separada en la que es fan i deneguen les propostes, són atípics. El Ministeri Fiscal considera que s'ha de permetre a la instructora seguir investigant, però si s'acceptés aquest dret/obligació a investigar sense valorar si s'està fent en relació a un fet concret que revesteixi la naturalesa d'infracció, es possibilitaria el que tant s'ha criticat i negat que es pugui fer: incoar i tramitar "causes generals".

No s'ha de perdre de vista que els recursos que es resolen mitjançant aquesta interlocutòria, foren interposats en la **peça separada 25 bis** d'unes diligències prèvies, les 470/2010 (és a dir, incoades fa com a mínim més de quatre anys i amb moltes "línies d'investigació"). Això significa, i ho saben els membres del tribunal per haver resolt ja força nombre de recursos en



relació a aquestes diligències prèvies, que a partir d'una inicial investigació han aparegut indicis de la comissió d'altres delictes diferents als inicialment investigats, la qual cosa evidencia que tot i que s'acordés el sobreseïment de la peça separada 25 bis, les possibilitats d'investigació judicial de qualsevol altre delicte que hagués pogut cometre algun dels apel·lants, subsistirien. El que en definitiva es tracta és de què la magistrada instructora instrueixi com ho ha de fer segons la llei, sempre que tingui una base sòlida per a creure que la investigació està referida a fet o fets que tinguin aparença delictiva.

4. Els fets que motiven la formació de la peça separada 25 bis són objecte d'instrucció perquè poden tenir naturalesa delictiva, i suposen l'atribució a una sèrie de batlles, els municipis dels quals estan integrats en la Federació de Municipis de Catalunya (d'ençà d'ara FMC), d'un delicte de malversació de cabals públics, previst i penat en el Capítol VII, del Títol XIX, títol anomenat "delictes contra l'administració pública".

Totes les persones objecte d'investigació en l'esmentada peça separada són alcaldes i per tant la primera premisa perquè es pugui cometre el delicte de malversació es produeix: la condició personal de ser autoritat o funcionari públic, i està clar que els alcaldes ho són d'acord amb el que estableix l'article 24 del codi penal.

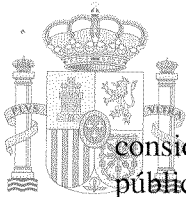
L'ànim de lucre, element subjectiu, s'exigeix en l'article 432 però no així en el 433 i com que per altra part és un concepte molt ampli, no cal ni abordar aquest aspecte, però sí que cal determinar si els fons suposadament malversats tenen o no la condició de públics, perquè en l'article 432 s'exigeix que "se sostreguin cabals o efectes públics que es tinguin a càrrec per raó de les funcions", i el 433 precisa que han de ser "cabals o efectes posats al seu càrrec per raó de llur funcions". En el primer dels articles esmentats cal que es produeixi una sostracció i en el segon es castiga el fet de "destinar a usos aliens a la funció pública" aquells cabals.

5. Sostracció des d'un punt estrictament jurídic no es pot dir que se n'hagi produït perquè els diners cobrats per alguns, no tots, els alcaldes dels municipis que estan integrats a la FMC han estat pagats previ un acord per a fer-ho. Podria ser que en execució d'aquest acord s'hagués produït la destinació a usos aliens a la funció pública? Cas de què així fos, qui hauria comès el delicte? Qui hagués pres l'acord de fer els pagaments? Qui executà l'acord? Els receptors dels cabals? Sembla en principi que aquests últims estarien exempts de responsabilitat, o si més no ho estarien en tant només haguessin rebut cabals públics i no haguessin participat de l'acord d'autopagar-se o de pagar a d'altres alcaldes. El verb que estableix l'acció castigada en l'article 433 suposa disposició dels cabals i aquesta es fa per part de qui lliura els cabals, no pas de qui n'és el receptor. Però abans d'entrar a abordar aquesta qüestió, cal determinar si els fons dels que se'n podia disposar per la FMC tenien o no la condició de fons públics, perquè si no la tenen, no cal seguir plantejant problemes d'autoria.

El Ministeri Fiscal considera que els diners dels què en disposa la FMC són públics perquè són diners que els Ajuntaments els hi ha aportat, i per tant, sent els cabals que manegen els Ajuntament públics, els fons que es manegen pel FMC també ho són.

Així com en el codi penal es defineix qui és funcionari, què és document o qui és incapaç (entre d'altres mots) des de la perspectiva del propi codi, no hi ha en ell, ni en la resta de l'ordenament jurídic espanyol una definició de "fons, cabals o efectes públics".

El Tribunal Suprem, la II de les seves Sales, diferencia entre societats mercantils segons que la participació pública en el capital de la societat sigui exclusiva o majoritària, assumint que el que priva de caràcter públic als cabals de la societat no és la naturalesa mercantil de la societat sinó la seva condició específica de societat anònima que comporta una diferenciació de personalitat jurídica, la qual cosa comporta que difícilment sigui admissible que els fons de les societats d'economia mixta controlades per les administracions públiques puguin



considerar-se públics. A una conclusió contrària s'arriba en el cas de què l'administració pública utilitzi la forma de societat anònima amb cabals exclusivament públics per a la gestió de determinades funcions i serveis, en el qual cas la societat anònima queda desvirtuada en aspectes essencials, la qual cosa determina que la naturalesa dels cabals de les societats amb cabal totalment públic guardin una gran similitud amb les entitats de dret públic (sentències 166 i 627 de 2014). Aquesta jurisprudència acaba afirmant que quan les societats de capital exclusivament públic portin a terme funcions assimilables a les públiques, els seus cabals tindran la condició de públics".

Ara bé, les esmentades sentències, com la del 5 de febrer de 1993, en les que s'analitza si poden qualificar-se com a cabals públics els fons de les societats municipals o provincials, parteixen de la base de què aquestes entitats de dret privat realitzen funcions públiques o, millor dit, gestionen un servei públic prestat per l'administració pública, però en el cas de la FCM no ens trobem davant d'una entitat que gestioni uns serveis públics, sinó d'una associació sotmesa expressament al règim jurídic de la Llei d'Associacions que, en principi, sembla tenir una naturalesa privada, tota vegada que la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya regula per una part la gestió dels serveis públics (distingint entre gestió directa i gestió indirecta -arts. 249 i següents) i per altra el dret d'associació dels ens locals -arts. 133 i següents.

La gestió directa pot adoptar la forma de gestió per part del propi ens local, a través d'un organisme autònom o mitjançant una societat mercantil amb capital social íntegrament públic, mentre que la gestió indirecta pot realitzar-se d'alguna de les següents formes: concessió, gestió interessada, concert, lloguer o societat mercantil o cooperativa amb capital social mixt.

Per contra, les organitzacions associatives d'ents locals tenen per objecte protegir i promoure els seus interessos comuns i estan sotmeses a la legislació general sobre associacions.

En l'acte de la vista celebrat en aquest òrgan d'apel·lació, el Ministeri Fiscal va afirmar (com ja s'ha esmentat) que la FCM es finançava amb les quotes aportades pels Ajuntament i que per tant, la pràctica totalitat dels seus fons eren públics, però considerem que hi ha una diferència substancial entre la naturalesa dels fons amb els que opera la FCM i els fons de les entitats que gestionen un servei públic en règim de societat mercantil, atès que l'article 265.5 de la Llei Municipal i del Règim Local de Catalunya, quan regula les societats mercantils disposa que *"el capital privat ha d'amortitzar-se dins del període de la gestió del servei i acabat aquest, l'actiu i el passiu reverteixen en l'ens local"*, mentre que quan regula el dret d'associació dels ens locals es limita a atribuir a l'associació personalitat i capacitat jurídiques pròpies, encomanant a llur estatuts la regulació del seu funcionament, sent els referits estatuts els que regulen els recursos econòmics i la forma d'administrar-los, la qual cosa comporta un règim econòmic diferenciat de les entitats dedicades a la gestió dels serveis públics. Demostració d'això la constitueix l'article 45 dels estatuts de la FCM en el que es disposa que en cas de què es procedeix a la dissolució de la federació, el seu patrimoni no reverteix als ens locals, sinó que es posarà a disposició de qualsevol altra associació similar o de caràcter benèfic-cultural que existeixi legalment en el moment de la dissolució.

6. Assumit el dret de les entitats locals, ergo dels Ajuntaments, a associar-se entre elles, l'aparença primera de l'associació creada és de caràcter públic, però -amb les salvetats ja apuntades-, aquella aparença no es correspon amb la realitat jurídica, perquè constitueix l'associació una entitat sotmesa al dret privat de manera preferent, tot i que en certs aspectes s'hagi de sotmetre al dret administratiu (quan des d'elles s'exerceixen competències comunes dels ents associats). La voluntarietat que és característica de la integració en l'associació, reforça aquesta convicció de què aquesta és de caràcter privat i que per tant, els fons rebuts i gestionats no tenen el caràcter públic. Podria qüestionar-se la raó que ha portat a cada



Ajuntament a integrar-se en la FCM (o en una altra associació de característiques similars), i per tant, podria qüestionar-se la despesa que aquella integració suposa (perquè la quota que es devengui per a fer-ho és part inequívocament del fons públic que gestionar l'Ajuntament), però des del moment en el que la FCM ha ingressat la quota que es paga per part de cada Ajuntament per a formar-ne part, els diners han perdut la consideració de cabal públic, la qual cosa comporta que el que es faci amb ells ja no constitueixi cap infracció incardinable en el títol que fa referència als delictes contra l'administració de justícia, i per tant, no sent tampoc incardinable en cap altre tipus penal qualsevol forma de gestió que s'hagi fet d'aquells diners, procedirà accedir a la petició de sobreseïment lliure fonamentada en l'apartat segon de l'article 637 de la Llei d'enjudiciament criminal.

7. Cas d'estimació dels recursos, les possibles costes per ells generades es declaren d'ofici.

LA SALA, ESTIMA els recursos d'apel·lació interposats per la Procuradora Sra. Maria Luisa Valero en nom de Josep Maria Freixanet i altres, així com el que va interposar la Procuradora Sra. Roser Llonch Trias en nom de Martí Pujol Casals, el que va interposar el Procurador Sr. Josep Gubern Vives en nom de Llorenç Artigues i la Procuradora Sra. Carmen Gros en nom de Fèlix Ballesteros i altres, contra les resolucions dictades en la peça separada 25 bis de les diligències prèvies 470/2010 del jutjat d'instrucció 1 de Sabadell, fent extensiva la seva estimació a tots els altres imputats amb ells en aquesta peça, decreta el seu **SOBRESEÏMENT LLIURE**, amb declaració de totes les costes del recurs d'ofici.

Notifiqueu aquesta resolució al Ministeri Fiscal i a les altres parts personades. Feu les anotacions que corresponguin en el llibre de registre.

Així ho acorden i ho signen els magistrats del Tribunal. En dono fe.

DILIGÈNCIA. Tot seguit es compleix el que han acordat. En dono fe.

NOTIFICACIÓ. El dia , notifico la resolució anterior al Ministeri Fiscal mitjançant la