

D.P. 672/11

**AL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN N° 2 DE VALDEPEÑAS**

**ANTONIO CAMINERO MENOR**, Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación de **D. LUIS BENITEZ DE LUGO ENRICH**, según tengo acreditado en las Diligencias referenciadas, ante el Juzgado comparezco y DIGO:

Que por medio del presente escrito y dentro del legal plazo interponemos recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de 4 de noviembre pasado por el que se estimó el recurso de reforma interpuesto por la representación procesal de Julián Vélez contra el Auto del Juzgado de 29 de agosto de 2011, acordando respecto el delito de tráfico de influencias el sobreseimiento provisional de Julián Vélez y de Pérez Avilés, recurso que basamos en las siguientes:

**ALEGACIONES**

**PRIMERA.- Sobre el sobreseimiento de las actuaciones a Pérez Avilés.**

Asombra a esta representación que se acuerde un sobreseimiento de actuaciones respecto de una persona que NO HABÍA RECURRIDO SU IMPUTACIÓN.

En efecto, lo único que hizo la representación procesal de Pérez Avilés fue adherirse al recurso de la representación del Sr. Vélez pero sin interponer él recurso alguno, con lo que se le otorga antijurídicamente el carácter de recurrente del Auto de 29 de agosto de 2011 cuando no lo fue. La adhesión a un recurso está delimitado por el contenido y resultado de éste, sin que en modo alguno pueda ir más allá que es lo que ha efectuado el Auto que recurrimos al extender los efectos del recurso de uno (Sr. Vélez) al adhiriente del mismo (Sr. Pérez Avilés).

En este sentido se pronunció, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988 que señaló que la adhesión a un recurso no autorizaba *“para aprovechar ese momento procesal a fin de interponer un recurso completamente nuevo que no fué anteriormente preparado... porque entonces ya no sería adhesión sino pretensión distinta”*.

En otras Resoluciones también del Tribunal Supremo (Sentencia de 11 de mayo de 1988 y Autos de 1 de noviembre de 1976 y 3 de febrero de 1978), se insiste en que no cabe formular un nuevo recurso finalizado en momento procesal distinto al interpuesto por el que primero recurrió... pues lo contrario sería conceder un privilegio para recurrir en todo momento contra las resoluciones a las (partes) que la consintieron.

Y así sucedió en el caso que nos ocupa y por ello la Instructora erró al aceptar estimar un recurso que nunca se había interpuesto. En efecto, tal como correctamente se señala en los antecedentes de hecho del Auto recurrido de 4 de noviembre de 2013, el mismo se refiere al recurso interpuesto por la representación legal de Vélez Rivas (antecedente de hecho 1º) y en el 3º se hace referencia a que Pérez Avilés sólo se adhiere a dicho recurso, y sin embargo se da el contrasentido de que se estima el recurso de aquél (Vélez) y se acuerda el sobreseimiento **de los dos** (Vélez y Pérez).

La conclusión obligada es que no habiendo recurrido la representación procesal de Pérez Avilés el Auto de 28 de agosto de 2011, el mismo es firme respecto de éste, y como en él se le imputaba (entre otros) el delito de influencias, a ello ha de estarse.

#### **SEGUNDA.- Incongruencia omisiva.**

En nuestro escrito de impugnación del recurso de reforma de la representación de Vélez de fecha 26 de septiembre de 2013, planteábamos como alegación previa, la extemporaneidad del recurso, y así lo solicitamos (entre otras peticiones) en el Suplico de nuestro escrito, y sin embargo la Instructora no trata, ni siquiera someramente, tan fundamental aspecto.

A dicho ordinal de nuestra impugnación nos remitimos para evitar inútiles repeticiones.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

Tras las Resoluciones emitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, Sala de lo Contencioso Administrativo (págs. 7 a 9 de nuestra querrela y sus docts. 14 y 15), se pretende que la conducta de Vélez Rivas fue ajena a lo dicho en Sentencia firme (cosa juzgada) de que el Tribunal de Selección tuvo la perseverada intención de favorecerle para darle la plaza frente a nuestro mandante; resulta irreal decimos que se pretenda sostener que él fue ajeno (*supuesta res inter alios acta*) a ese torticero propósito del Tribunal Seleccionador, que iba inequívoca e ilícitamente (TSJ *dixit*) en su exclusivo beneficio

Pero es más, es que la propia Instructora en el F.Dº. 1º (y único) de su Auto de 4 de noviembre que recurrimos, recuerda que el TSJ de Castilla La Mancha (Sala Civil y Penal) “*se declara incompetente para conocer el presunto delito de tráfico de influencias, NO POR NO EXISTIR INDICIOS DE LA COMISION DEL MISMO* (las mayúsculas son nuestras) *sino porque la autoría del supuesto delito de tráfico de influencias no se dirigía contra el aforado.*” Así la propia Instructora ya hace un juicio de valor jurídico sobre la posible existencia de tal tipo de delito, aunque luego, equivocadamente como veremos en la siguiente alegación, considera que se da la prescripción del delito. Tenemos pues ese criterio

de la Instructora (existen indicios del delito), pero no sigue adelante la Instructora respecto de él por considerar que dicho delito ha prescrito. Veamos cómo no es así.

**CUARTA.- Sobre la supuesta existencia de prescripción del delito.**

**A.- El carácter de funcionarios públicos, a efectos penales, de Vélez Rivas y Pérez Avilés.**

La Instructora, en su Auto que recurrimos, considera que para haber indicios de la comisión del delito de tráfico de influencias (*“en el presente caso se infiere la posible comisión de un supuesto delito de tráfico de influencias contra Julián Vélez y contra José J. Pérez Avilés”*) y atendiendo la fecha en que se cometió el posible delito (2006), declara que el mismo está prescrito pues el tipo penal del artículo 429 del Código Penal prescribe a los tres años. Pero resulta que la cita del precepto en que se apoya para ello, ES EQUIVOCADA.

En efecto, la Instructora se apoya en el mencionado precepto penal (artº. 429), CUANDO EL APLICABLE AL CASO ES EL ARTÍCULO 428. Ambos preceptos contienen muy similar contenido, pero con la CRUCIAL DIFERENCIA de que el artículo aplicado se refiere a los particulares, y sin embargo el 428 se refiere a los funcionarios públicos ¿y por qué en nuestro caso es aplicable el artículo 428?. Por muy sencillas y evidentes razones que seguidamente exponemos.


Es cuestión pacífica que el concepto de funcionario público en el cargo penal, no coincide con el utilizado en el derecho administrativo, presentando aquel unos perfiles mucho más amplios que éste, pues la noción penal de funcionario público se construye sobre el dato de la efectiva participación en el ejercicio de funciones públicas, buscando el legislador salvaguardar el correcto funcionamiento de las Administraciones Públicas. Por ello el artículo 24.2 del Código Penal señala que se considera funcionario público a todo aquel que *por nombramiento* de la autoridad competente participa en el ejercicio de funciones públicas, por lo que bajo ese concepto se incluyen tanto los funcionarios interinos como los contratados administrativos y el personal laboral. Y en el caso que nos ocupa tenemos:

a) Por un lado, que Vélez Rivas era y es contratado laboral tal como se refleja en la Sentencia del TSJ (Sala C. Ad) y en el Decreto de la Alcaldía dictado en su aparente cumplimiento, de 13 de mayo de 2010 (véase su apartado segundo, aunque el mismo obra en las actuaciones, en la pág. 9 del recurso de reforma de la representación de Vélez se reconoce lo obvio, que él fue nombrado arqueólogo municipal).

b) Por otro lado, y respecto de Pérez Avilés, era y es Jefe de los Servicios Culturales del Ayuntamiento de Valdepeñas. Aunque confiamos que hecho tan evidente no se cuestionará, recogemos parte del Acta de selectivas realizadas en el Ayuntamiento en la que Pérez Avilés figura

como Presidente del Tribunal y su condición de Jefe de los Servicios Culturales del Ayuntamiento.

SECRETARIA GENERAL (enviado a compulsa por Maria del Carmen Arellano del Círculo Estadístico de Valdepeñas) g+Bm7C5RF3l5kgYP2qla2M46DjFEphFW	CODIGO
Compulsa realizada por	https://secedelectronica.valdepenas.es/verifirma



**Ayuntamiento de Valdepeñas**  
 Plaza de España, 1  
 13300 VALDEPEÑAS (Ciudad Real)  
 Tel.902310011 Fax.926312634  
 www.valdepenas.es

**ACTA DE LAS PRUEBAS SELECTIVAS PARA LA CONSTITUCIÓN DE BOLSA DE TRABAJO DE MONITORES/AS DE ARTES PLASTICAS.-**

En el edificio del Centro Cultural "La Confianza", siendo las 14:00 horas del día 9 de noviembre de dos mil once, se constituye el Tribunal que ha de valorar las pruebas indicadas, compuesto de la siguiente forma:

- **Presidente:**  
D. Javier Pérez Avilés, Jefe de Servicio de los Servicios Culturales de este Ayuntamiento.
- **Vocales:**  
D. Miguel Carmona Astilleros, como técnico o experto designado por la Alcaldía.  
D.ª Gema Candelas Piña, como técnico o experto designado por la Alcaldía.  
D.ª Concepción Cañizares Rodríguez, como Representante del Comité de Empresa.
- **Secretario:**  
D. Alberto Esteban Esteban, Administrativo de este Ayuntamiento.

Una vez constituido el Tribunal, se da cuenta por el Sr. Secretario que teniendo conocimiento que en la valoración de la fase de concurso de la bolsa de trabajo de PROFESORES DE ARTES PLASTICAS se han producido modificaciones en las puntuaciones de algunos aspirantes, el Tribunal, al coincidir diversos aspirantes en ambas bolsas, decide revisar de nuevo las valoraciones de la fase de concurso de esta bolsa de trabajo de todos los aspirantes presentados.

Una vez revisada la fase de concurso, el Tribunal otorga las siguientes calificaciones finales:

B.- Y si ambos tienen la consideración, bajo el prisma del derecho penal, de la condición de funcionarios públicos, resulta incuestionable que el precepto que les es aplicable es el artº. 428 y NO el artículo 429 que es sobre el que opera la Resolución recurrida.

Y el tema tiene enorme trascendencia porque el artículo 428 contempla, como sanción una posible pena de hasta dos años de prisión, multa, e inhabilitación por hasta seis años, y el artículo 131 del mismo texto establece que prescribirán a los DIEZ AÑOS cuando las penas por los delitos sean “*prisión o inhabilitación por más de 5 años*” y ambas condiciones se dan en el caso que nos ocupa según resulta de lo dispuesto en el antes citado artículo 428 del Código Penal.

Por cierto que interesa recordar que en la anterior redacción del artículo 428 del Código Penal, también se preveía unas sanciones de prisión y de inhabilitación hasta 6 años por lo que el plazo de prescripción del artículo 131 seguiría igual incluso con la anterior regulación que establece la prescripción a los 5 años cuando la pena de inhabilitación no excediera de cinco años, lo que no es el caso tampoco en el supuesto que nos ocupa, pues la penalidad prevista era de hasta seis años.

Aceptando la delimitación temporal que figura en el recurso que impugnamos (4 de mayo de 2006, su pág. 9), el recurrente sostiene que el tipo delictivo en cuestión prescribía a los tres años (párrafo antepenúltimo de la pág. 10 del recurso), pero ello no es cierto.

En efecto, y refiriéndonos al artículo 428 del Código Penal, que es el aplicable (pues la contraparte opera con un interesado tratamiento y



cita de ambos preceptos, 428 y 429), resultaría respecto de los plazos prescriptorios establecidos en el artículo 131 del Código Penal:

- Que hasta el 30 de septiembre de 2004 se establecía la prescripción de 5 años para los delitos graves cuya pena de inhabilitación fuera no superior a los seis años.

- Que dichos plazos se modificaron por la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, con vigencia desde el 1º de octubre de 2004 en el sentido de fijar una prescripción de diez años en los casos de penas de inhabilitación previstas para delitos de más de 5 años y menos de 10.

- Que dichos plazos no se modificaron por la L.O 5/2010 de 22 de junio.

Por ello toda la elucubración del recurrente resulta improcedente, pues el artículo 428 ya antes de la Ley de 2010, penaba con la inhabilitación de hasta seis años, por lo que le resultaba aplicable el plazo prescriptorio de los diez años.

Pero es que además, con independencia de todo lo anterior, en este momento procesal, resulta extemporáneo por prematuro una exculpación sobre la base de la prescripción. Bástenos a este respecto la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-11-2011 que en su F.D. 3º nos dice:

*“Por lo que respecta al momento de apreciación de la prescripción, la STS 71/2004 de 2 de febrero (RJ 2004/2112), citando a la STS 222/2002 de 15 de mayo (RJ 2002/5463), se*

*refiere a la inconveniencia de anticipar cuestión que sólo debieran haber sido resueltas tras el debate del plenario y a la vista de todas las probanzas practicadas.*”

Y la citada Sentencia señala poco después que, incluso la estimación de la prescripción en la fase procesal de la presentación de artículos de previo pronunciamiento (lejana por cierto todavía en nuestro caso), sólo debe operar cuando la cuestión aparezca tan clara que, de modo evidente y sin dejar duda al respecto, pueda afirmarse que, sin necesidad de la celebración del juicio oral, ha transcurrido el plazo designado al efecto por la Ley.

Y debe recordarse, que la Sra. Instructora ni siquiera pretende esperar al trámite procesal citado de la formulación de los artículos de previo pronunciamiento (Art. 666 de la Lecrim.) debatibles al comienzo del Plenario, sino que desde ya, y apriorísticamente, pretende dejar extramuros aspectos cuyo examen en todo caso debería hacerse en posterior momento procesal.

En conclusión, si la propia Instructora en el Auto recurrido “infiere” la posible comisión del delito de tráfico de influencias por ambos, Vélez Rivas y Pérez Avilés, no cabe cercenar la investigación de este delito a tan precipitado momento como es el que asume el Auto recurrido y debió rechazarse, consecuentemente, también este aspecto planteado por el recurrente en sus alegatos.

**C.- Sobre la presencia de indicios de tal tipo delictivo tanto en Vélez Rivas como en Pérez Avilés.**

Como decíamos en nuestro escrito de 13 de septiembre de 2013, rechazando el increíble escrito del Ministerio Fiscal solicitando el sobreseimiento de todas las actuaciones (véase a modo de resumen nuestra alegación 9ª, páginas 9 y 10 del mismo), decíamos que lo exigible en el tipo penal (artº. 428 del C.P.) es un beneficio (no contraprestación como dice el Ministerio Fiscal), directo o indirecto para sí o para un tercero como resultado de la resolución y ello se da en el caso que nos ocupa, pues dejando, por obvio, el directamente interesado y beneficiario (Vélez), ese tercero al que favorece la gestión de Pérez Avilés es el propio Vélez ilegal adjudicatario de la plaza de arqueólogo (que desde entonces ocupa la plaza y está cobrando una respetable retribución), según dijo en su Sentencia firme, (cosa juzgada) el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, tal como recogíamos en las págs. 5 y 6 de nuestro escrito de 19 de Julio pasado. ¿Alguien será capaz de negar el beneficio obtenido por el imputado Vélez?.

Más ampliamente y sobre este aspecto no referíamos también en nuestro escrito de 6 de octubre de 2011 recordando que el bien jurídico que protege el tipo penal del artículo de 428 del Código Penal es *la imparcialidad de la Administración* a la hora de adoptar sus decisiones.

Como ya se perfilaba en la Sentencia de 24 de Junio de 1994 Az. 5031

(Ponente Ruiz Vadillo):

*“El tipo objetivo en aquél (delito de tráfico de influencias), consiste en influir, esto es, el verbo rector único del delito de tráfico de influencias es precisamente, como queda dicho, influir, es decir, la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de esta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina científica ha llamado, ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieron ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión”.*

En otra Sentencia posterior de 10 de marzo de 1998, Az. 1986, (Ponente García Ancos), el Tribunal Supremo incide en la misma línea respecto del bien jurídico protegido:

*“Antes de entrar en el examen y resolución del caso concreto, nos parece lógico hacer una breve referencia previa y de carácter general a este delito de tráfico de influencias, indicando primeramente que su descripción tipificadora contiene una indudable afinidad con el delito de cohecho ya que ambos tienen como finalidad o meta inicial y común – evitar la transferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos—tutelando o protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad u objetividad de las decisiones de los funcionarios públicos”.*

Puesto que el artº. 103 de nuestra Carta Magna prescribe que la Administración sirve con *objetividad* a los intereses generales, y su artº. 9.3 proscribela arbitrariedad en las decisiones de los poderes públicos, el legislador ha protegido penalmente tales principios con la máxima extensión (delitos de prevaricación, cohecho y, también, de tráfico de influencias), consciente, como debe serlo, de la tendencia al uso

espúreo de su poder que corroe a algunas personas al servicio de nuestras Administraciones.

Si la prevaricación protege penalmente dicha objetividad en el ámbito del *resultado* de la decisión administrativa (la resolución), los delitos de tráfico de influencias, por su parte, se sitúan un escalón más atrás y protegen la objetividad en el proceso de toma de decisiones:

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Julio de 2009 (RJ 2009/5594), estimatoria del recurso de casación que formuló el Letrado que suscribe en el llamado “Caso Funeraria” confirmó la existencia de este tipo de delito. Y también procede traer a colación el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de Octubre de 2007 (ARP 2008/183), que estimó el recurso de apelación que formuló también el Letrado que suscribe contra un Auto de sobreseimiento libre dictado en un asunto en el que igualmente se había formulado querrela por tráfico de influencias contra una Concejala del Ayuntamiento de Madrid y otros, a causa del “compadreo” que rodeó la adjudicación de un concurso público. Y en dicho Auto, la Audiencia Provincial de Madrid, con un pormenorizado análisis del tipo en cuestión, nos dijo que su doctrina opera “en el sentido de *estimar que una cierta influencia es suficiente para satisfacer las exigencias típicas, toda vez que los tipos no exigen que sea objetivamente decisiva o determinante la acción de influir* ( TS 2025/2001, de 29 de octubre [ RJ 2001, 9758 ] ).

*Pues bien, en una de las modalidades comisivas del delito de tráfico de influencias al que se refiere el artículo 428 CP:: prevalerse "del ejercicio de las funciones de su cargo", lo característico es el abuso de la condición subjetiva de funcionario o de las atribuciones propias del cargo que desempeña. Así, existe consenso doctrinal para estimar que podrá cometer este delito el funcionario competente, cuanto menos, para informar sobre determinados extremos de importancia en orden a la adopción de una resolución que deba ser emitida por otro funcionario."*

Por su parte la Sentencia del TS de 14 de marzo de 2006 señala que la frase "cualquier remuneración" alcanza al "ofrecimiento de un contrato laboral con salario respetable, por no decir sustancioso." Era y es nuestro caso.

Respecto de Pérez Avilés, Jefe de Servicio del Departamento de Cultura del Ayuntamiento, tenía específico interés y capacidad de influir para el nombramiento del Sr. Vélez, por tener fuertes lazos de amistad de antiguo con este, tal como demostramos en nuestro escrito de 12 de mayo de 2011.

Nos referiremos finalmente a lo acertado del Auto de 29 de agosto de 2011 de la Ilma. Instructora por el que se acordó citar como imputados por posible delito de tráfico de influencias, entre otros a Pérez y Vélez. Y era acertado porque sigue fielmente la postura de

nuestro Tribunal Supremo en su Auto de 15 de junio de 2009 (rec. 200048/2009) en una de las causas instruidas contra el ex- Magistrado Garzón. En dicho Auto, la Sala -no sólo el Instructor- nos dijo en su F.D°.2° :

*“La iniciación del proceso no es consecuenta a la responsabilidad penal, sino la previa condición, esto es, el presupuesto imprescindible para la averiguación, comprobación y determinación con las debidas garantías, de la responsabilidad criminal. No se inicia un proceso porque se sea responsable de un delito, sino para poder determinar con garantías si se es o no responsable* (el subrayado es nuestro).

Y más adelante, tras señalar que quedan fuera de la cuestión las consideraciones de los defensores para negar la efectiva comisión del delito, pues ello sería cuestión de fondo, nos dice en su F.D°. 5°:

*“Reiteramos de nuevo que la valoración de si los hechos tienen significado penal, no puede hacerse sino en función de los hechos que son alegados en la querella y no de los que resulten acreditados, porque si averiguarlos es el objeto del proceso, su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación”.*

Y concluye el Tribunal Supremo su argumentación en la misma línea diciendo en su F.D°. 7°:

*“Será en ese proceso donde con arreglo a la Ley y con las debidas garantías se determine la veracidad de lo sucedido y se hagan las valoraciones penales que proceda hacer. Nada de esto corresponde a esta inicial fase, limitada a comprobar, como así se ha hecho, que concurre las exigencias legales que en nuestro ordenamiento hacen procedente que una querella sea admita a trámite y que se inicie el correspondiente procedimiento.”*

Y por ello, el Tribunal Supremo rechazó las alegaciones exculpatorias relativas al fondo del querellado en la fase inicial del procedimiento, pues consideró que ese planteamiento en dicha fase resultaba “prematureo”.

Por todo lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO**, se sirva tener por interpuesto recurso de apelación contra su Auto de 4 de noviembre, y tras los trámites legales pertinentes, elevarlo a la Ilma. Audiencia Provincial A LA QUE SUPLICO, se sirva estimarlo y revocar dicho Auto, acordando que procede imputar por los delitos de tráfico de influencias a Julián Vélez Rivas y a José Javier Pérez Avilés.

**OTROSI DIGO**, que de conformidad con lo legalmente establecido (artº. 766.3 de la LECrm), procede que cuando el presente escrito se eleve a la Sala, se testimonien los siguientes particulares para su unión a este recurso:

1º) Del Auto recurrido.

2º) Del Auto del Juzgado de 28 de agosto de 2011.

3º) De nuestro escrito de querrela de 15 de septiembre de 2010 y los documentos que le acompañaban.

4º) Del Informe del Ministerio Fiscal de 29 de diciembre de 2011.

5º) De nuestro escrito de 6 de octubre de 2011.



6º) De nuestro escrito de 12 de mayo de 2011.

7º) De nuestro escrito de 19 de julio de 2013.

8º) De nuestro escrito de 13 de septiembre de 2013.

9º) De nuestro escrito de 26 de septiembre de 2013.

Por lo expuesto,

**SUPLICO AL JUZGADO**, se sirva acordar se expidan los testimonios de particulares interesados a los efectos legales pertinentes.

Es de Justicia que pido en Valdepeñas a 19 de noviembre de 2013.

Ldo.: José Mariano Benítez de Lugo.

Cgdo ICAM: 7.883.