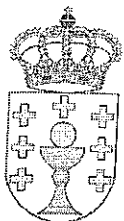


ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

**AUD. PROVINCIAL SECCION N. 1
A CORUÑA**

AUTO: 00368/2013

Rollo: RT 185/13

Órgano Procedencia: JDO. INSTRUCCIÓN CORUÑA-5
Proc. Origen: DILIGENCIAS PREVIAS Nº 5991/2006

RCT: MINISTERIO FISCAL, ÁNGEL GARCÍA SEOANE
Procurador: Tovar de Castro
Letrado: Gutiérrez Aranguren

RCD:
Procurador:
Letrado:

LA SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE A CORUÑA, CONSTITUIDA POR LOS ILUSTRÍSIMOS SEÑORES D. ÁNGEL MARÍA JUDEL PRIETO, Presidente, D. IGNACIO ALFREDO PICATOSTE SUEIRAS, D^a GABRIELA GÓMEZ DÍAZ, Magistrados.

A U T O

En A CORUÑA, a 24 de mayo de 2013.

HECHOS

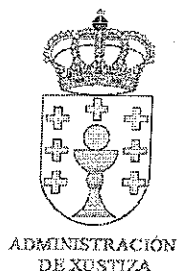
PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de A Coruña tramita Diligencias Previas nº 5991/2006, y seguido su curso legal, con fecha 6 de septiembre de 2012 se dictó auto por el que se deniegan las diligencias solicitadas por la acusación popular acordando el sobreseimiento provisional parcial de la causa, resolución que una vez notificada a las partes, fue recurrida en tiempo y forma por **MINISTERIO FISCAL y ÁNGEL GARCÍA SEOANE**, y dados los traslados oportunos se acordó seguidamente elevar las actuaciones a la Audiencia Provincial, a los efectos procedentes.

SEGUNDO.- Recibido lo actuado en la Oficina de Registro y Reparto de la Audiencia, por turno le correspondió a esta Sección, con el número de rollo 185/13, y pasaron las actuaciones para votación y fallo.



Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. ÁNGEL MARÍA JUDEL PRIETO.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



PRIMERO.- En la tarea de filtro procesal acometida por el Auto que responde a las pretensiones subsiguientes a la providencia de 14-12-2011, el tan exhaustivo documento de 6 de septiembre nos ofrece una perspectiva inicial de la cuestión central (fundamento 3º) y, en lo que ahora importa, la apreciación acerca de la presunta realización del tipo del artículo 441 del Código Penal (fdo. 10º) que es, precisamente, el objeto de los recursos formulados por el Fiscal y la defensa de Ángel García Seoane.

De entrada, podemos descartar problemas legitimatorios: no es fase de apertura de juicio y la más reciente doctrina legal no avala la alegación del escrito de 19 de septiembre (vid, STS 23-4-2013). A renglón seguido, tampoco se ve patente una prescripción acaso interrumpida tras la incoación de Diligencias Previas y la correspondiente declaración de 27-11-2007. Pero, finalmente, lo que interesa es el tema de si indiciariamente coexisten los presupuestos de la única figura superviviente en la Instrucción.

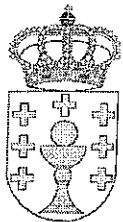
SEGUNDO.- Al hilo de lo anterior, procede analizar lo que arraiga en el hueso de la de la modalidad del artículo 441, que es: a) delito especial propio, y b) delito de mera actividad.

Para la Jurisprudencia, y esto lo subrayamos, el tipo penal protege "el deber de imparcialidad del funcionario público cuando la misma es puesta en peligro por una actividad vulneradora no sólo de la legislación específica de incompatibilidades... sino cuando esa situación de incompatibilidad se vertebra sobre los propios asuntos que son competencia del funcionario público" (STS. 25-1-2010). A esa noción de correcto funcionamiento del servicio público y el respeto a los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad, siguen la inexigibilidad de producción de un determinado resultado (STS. 4-12-2012) y que no se requiera un especial elemento subjetivo distinto del dolo de autor.

Como expresa la STS. de 13-7-2012, "el mencionado precepto, incluido en el Capítulo IX. -"De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función"- del Título XIX "delitos contra la Administración Pública- del Libro II del Código Penal, establece que "la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

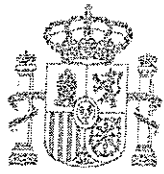
intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

Esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse -cfr. ATS 2 junio 2008, recaído en la causa especial 3/20267/2008- respecto del alcance de este delito. Así, ha considerado autor del tipo previsto en el artículo 441 del CP a un aparejador municipal que trabajaba para promotoras en el mismo término municipal, llegando incluso a atender en el Ayuntamiento visitas relacionadas con su actividad profesional privada (STS 867/2003, 22 de septiembre). También ha aplicado este precepto a funcionarios que, desempeñando puestos de dirección en la Administración Autonómica, emitieron informes sobre la viabilidad de proyectos redactados por ellos mismos o por empresas de las que formaban parte (STS 92/1999, 1 de febrero). El mismo precepto fue invocado para condenar a un concejal titular de una empresa dedicada al movimiento de tierras, por asumir la ejecución de obras contratadas por el propio Ayuntamiento en el que desempeñaba sus funciones corporativas (STS 372/1998, 9 de diciembre).

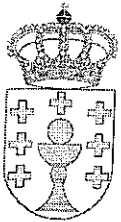
La STS 1318/2004, 15 de noviembre declaró la inexistencia de este delito respecto de autoridades municipales que habían comprado acciones de una sociedad promotora de turismo rural, estimando que no se trataba del desempeño de ninguna profesión y por tanto, no concurrían los elementos del tipo. En línea similar, la STS 2125/2002, 7 de enero, concluyó la inexistencia del delito del artículo 441 respecto de un concejal que, en su condición de trabajador agrícola, había realizado el trabajo de limpieza de caminos rurales del mismo municipio en el que ejercía como representante municipal. Razonábamos entonces que la conducta del acusado "... a pesar de su incompatibilidad por ser concejal del Ayuntamiento, podría ser reprochable en el ámbito administrativo pero no en el penal".

También decíamos entonces, en un esfuerzo por deslindar a efectos de tipicidad la verdadera acción de asesoramiento, que "... no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Solo aquel que compromete la imparcialidad que menoscaba el deber de exclusividad o que provoca una interferencia entre los intereses privados y los de naturaleza pública puede ser objeto de persecución penal". De ahí que el ilícito presente otra cara de la moneda, una condición negativa: que la acción de la autoridad o funcionario se ejecute fuera de los casos admitidos legal o reglamentariamente.

TERCERO.- En el supuesto a examen, las apelaciones del Fiscal y la defensa del imputado no son impugnadas por la parte querellante. A criterio de la Sala y revisadas las diligencias en cuanto concierne al delito pretendidamente subsistente, la realidad es que: a) el Sr. García no realizó un asesoramiento



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

extensivo ni accidental al servicio de personas físicas o jurídicas privadas en asuntos sobre los que debiera resolver o informar; b) no es probatoriamente factible reprochar al encausado la efectucción de actividades directamente relacionadas con la esfera de sus atribuciones oficiales o que, en el ejercicio de estas y con referencia a las operaciones inmobiliarias citadas en el Auto de 6-9-2012, se aprovechara ilícitamente de su cargo o función públicos por la utilización que la preeminencia que comportaban le proporcionaba para conseguir abusivas ventajas en lo que es actividad privada; y, c) las compraventas de fincas a título particular entre 1982 y 2000 y las enajenaciones ulteriores no denotan un ataque a la transparencia del ejercicio de la función ni el desarrollo profesional por cuenta o bajo la dependencia de entidades privadas, por más que el tipo no presuponga la nota de permanencia.

Así las cosas, la motivada posición de la Fiscalía (dictámenes de los folios 692 a 698, 797 a 799, y 835-836) es convincente a la hora de descartar la comisión del injusto de negociaciones prohibidas a los funcionarios, y su complemento con la argumentación defensiva -repetimos, no contradicha por el acusador popular-, cierran el círculo de la pertinencia jurídica de anticipar el cierre del procedimiento por concurrir razones sólidas para su sobreseimiento en los términos solicitados en los dos recursos (art. 641.1 LECrim.).

CUARTO.- La estimación de las apelaciones releva de especial pronunciamiento en materia de costas procesales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

LA SALA ACUERDA

Estimar los recursos de apelación formulados contra el Auto de 6-9-2012 dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5 de A Coruña en las Diligencias Previas 5991/2006 y acordar el sobreseimiento provisional y total de la causa, sin especial imposición de costas.

Contra el presente auto no cabe recurso ordinario alguno.

Así por este nuestro auto lo acordamos, mandamos y firmamos.
Doy fe.