



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 362/2014, de 25 de abril de 2014

Sala de lo Penal

Rec. n.º 20490/2012

SUMARIO:

Delitos contra la Administración Pública. Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos. Policía judicial. Servicio de Vigilancia Aduanera. No admite dudas la condición de Policía Judicial del Servicio de Vigilancia Aduanera, a los efectos previstos en el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban), por lo que dicho servicio no ha actuado al margen de sus competencias. Para acceder a los correos electrónicos existentes en los ordenadores intervenidos en las diligencias de entrada y registro es precisa una segunda autorización judicial distinta de la dictada para autorizar la diligencia de Entrada. A efectos de poder ser autorizadas durante la instrucción nuevas intervenciones telefónicas o prórrogas de las ya acordadas, no es necesario que se aporten al juez de instrucción las grabaciones de todas las conversaciones intervenidas, con el fin de que este las escuche personalmente; sino que el preceptivo control judicial podrá ejercerse examinando los resúmenes de aquellas que los agentes encargados de la investigación consideren más relevantes y aporten, en la correspondiente solicitud de la nueva medida. En el plenario serán incorporadas con todas las garantías, sea mediante su audición, sea, a través de las transcripciones de las mismas. Delito de actividad prohibida a funcionario: Miembro del poder judicial que presta asesoramiento a una de las partes en asuntos de lo que va a conocer por razón de su cargo que compromete la imparcialidad. Es irrelevante, que la actuación privada sea permanente, pues para la realización del tipo penal basta una única actuación. El tipo no exige la producción de ningún resultado, quedando consumada desde el momento de la realización de tal actividad prohibida. El hecho de que resultara beneficiada o no finalmente por las resoluciones judiciales que se dictaron en los recursos contencioso-administrativos en cuestión es indiferente a estos efectos, y no convierte el asesoramiento prestado en irrelevante o le priva de significado.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 66, 439, 441, 446 y 467.1.

Ley 29/1998 (LJCA), art. 77.

Ley 30/1992 (LRJPAC), art. 107.2.



www.civil-mercantil.com

Ley 1/2000 (LEC), arts. 4 y 415.

Constitución Española, arts. 9.1, 18 y 103.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, arts. 283 y 579.

Ley 25/2007 (conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones), art. 6.

PONENTE:

Don Juan Saavedra Ruiz.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 362/2014 CAUSA ESPECIAL Nº : 20490/2012 Fallo/Acuerdo: Sentencia Condenatoria Señalamiento: 09/04/2014 Procedencia: Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona . Fecha Sentencia : 25/04/2014 Ponente Excmo. Sr. D. : Juan Saavedra Ruiz Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo Escrito por : ICR

CAUSA ESPECIAL. MAGISTRADO.

Juicio oral seguido por delito de actividades y negociaciones prohibidas a los funcionarios (artículo 441 CP).

Nº: 20490/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz

Vista: 09/04/2014

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 362/2014 Excmos. Sres.:



www.civil-mercantil.com

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Joaquín Giménez García

D. José Ramón Soriano Soriano

D. José Manuel Maza Martín

D. Manuel Marchena Gómez

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Andrés Palomo Del Arco

EN NOMBRE DEL REY

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Abril de dos mil catorce.

Visto en juicio oral y público y en única instancia la presente Causa Especial número 3/20490/2012, tramitada por el procedimiento abreviado y seguida ante esta Sala por delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y de abuso en el ejercicio de la función previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal , contra el acusado Leon , titular del D.N.I. número NUM000 , nacido en Jaén el NUM001 /1950, hijo de Victorino y de Elisenda y con domicilio en DIRECCION000 número NUM002 , NUM003 - NUM004 Manresa (Barcelona), de profesión Magistrado, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional en estas actuaciones en las que no consta haya estado privado de la misma en ningún momento, representado por la Procuradora Doña María José Bueno Ramírez y por el Letrado Don Santiago Milans del Bosch, siendo parte el Ministerio Fiscal en la representación que ostenta; han dictado sentencia los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, con arreglo a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de derecho:

I. ANTECEDENTES



www.civil-mercantil.com

Primero.

Con fecha 2 de julio de 2012 se recibió en el Registro General de este Tribunal Supremo, Exposición Razonada que eleva el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Barcelona en el marco de las investigaciones abiertas por dicho Juzgado mediante las diligencias previas nº 2028/2011, en la que afirma la existencia de indicios racionales suficientes para imputar al Ilmo. Sr. Don Leon , Presidente de la Sección NUM003 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION001 , por la participación de dicho Magistrado en un delito relativo a las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abuso en el ejercicio de su función previsto y penado en el artículo 441 CP .

Segundo.

Formado rollo en esta Sala y registrado con el número 3/20490/2012, por Providencia de 11 de julio se designa Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno establecido al Presidente de esta Sala Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, y se remiten las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual lo emitió con fecha 26 de septiembre de 2012.

Tercero.

Con fecha 18 de octubre de 2012 esta Sala dicta Auto cuya Parte Dispositiva es la siguiente: "1º) Declarar la competencia de esta Sala para la instrucción y en su caso, el enjuiciamiento del magistrado Don Leon , en relación con un presunto delito relativo a las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y de abuso en el ejercicio de su función. Y, 2º) Designar Instructor, conforme al turno establecido, al magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, a quien se le comunicará dicha designación a los efectos oportunos".

Cuarto.

Con fecha 23 de abril de 2013 se dicta Auto cuya Parte Dispositiva es la siguiente: " DISPONGO : 1º.- No haber lugar a la práctica de las diligencias propuestas por la defensa. 2º.- No haber lugar a declarar la nulidad de las diligencias practicadas. 3º.- Continuar la tramitación de la causa contra el aforado Ilmo. Sr. D. Leon , de conformidad con lo previsto en los artículos 780 y siguientes de la LECrim ., por un presunto delito previsto en el artículo 441 del Código Penal . 4º.- Dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de diez días solicite la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, para los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 780 de LECrim .".



www.civil-mercantil.com

Quinto.

Contra dicho Auto se interpuso recurso de apelación por la representación de Leon , confirmado por Auto de 24 de junio de 2013.

Sexto.

Que por Auto del Juez Instructor de fecha 2 de julio de 2013, se acordó la apertura del juicio oral contra el acusado Leon .

Séptimo.

En su escrito de calificación provisional el Ministerio Fiscal entiende que los hechos son constitutivos de un delito del artículo 441 CP , siendo autor el acusado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, interesando imponer las penas de multa de 9 meses, con cuota diaria de 100 euros y responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas impagadas, en su caso; y también como principal y conjunta la de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos años. Esta pena, conforme al artículo 43 CP privará al penado del ejercicio de su cargo público de Magistrado durante el periodo de condena. Accesorias legales de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Costas procesales. De haberse adoptado la medida de suspensión de conformidad con los artículos 383 y 384 LOPJ el tiempo que se hubiera cumplido se restará de la pena privativa de derechos.

Octavo.

La defensa de Leon interesa la libre absolución con todos los pronunciamientos favorables.

Noveno.

Habiéndose señalado para el inicio de las sesiones del juicio oral el día 9 de abril de 2014, tuvo lugar el mismo, finalizando el siguiente día, elevando a definitivas sus conclusiones provisionales la acusación y la defensa, quedando el juicio visto para sentencia, habiendo finalizado la deliberación correspondiente en el día de hoy.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Cuestiones previas.*

Antes de entrar a examinar el fondo de las pretensiones ejercidas por la acusación y la defensa, es preciso exponer los argumentos que condujeron a esta Sala, al inicio del juicio, a



www.civil-mercantil.com

entender que las cuestiones previas planteadas por la representación del acusado no impedian la continuación del juicio, toda vez que están relacionadas directamente con la licitud de alguna de las pruebas que van a ser valoradas en esta sentencia.

Tres fueron concretamente las cuestiones planteadas: la vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, puesto que el Servicio de Vigilancia Aduanera carecía de competencia para investigar los hechos objeto de enjuiciamiento; la vulneración asimismo del derecho al secreto de las comunicaciones garantizado en el artículo 18 de la Constitución, porque no existió autorización judicial para intervenir los correos electrónicos que constan unidos a estas actuaciones; y, en tercer lugar, la falta de motivación de las resoluciones judiciales por las que se acordó el secreto de las actuaciones en las diligencias previas de las que deriva esta causa, un secreto que impidió a la representación del acusado un conocimiento de dicha causa, en la que, por otro lado, le fueron denegadas todas las diligencias solicitadas, con vulneración del principio de igualdad de armas.

1. Respecto al Servicio de Vigilancia Aduanera, su condición de Policía Judicial, a los efectos previstos en el artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no admite dudas en la actualidad, y así lo ha venido declarando una jurisprudencia reiterada de esta Sala, en aplicación del Acuerdo no Jurisdiccional tomado al respecto el 14 de noviembre de 2003 - STS 811/2012, de 30 de octubre; STS 289/2011, de 12 de abril; STS 671/2008, de 22 de octubre; STS 562/2007, de 22 de junio; o STS 55/2007, de 23 de enero, entre otras muchas.

Esta línea de reconocimiento al Servicio de Vigilancia Aduanera de su condición de Policía Judicial ha sido, por otro lado, la seguida por el legislador. Dos normas podemos citar en este sentido: la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones, que en su artículo 6º reconoce expresamente a los miembros de este Servicio dicha condición cuando, al concretar qué agentes están facultados para la cesión de información, prevé entre ellos expresamente, en su apartado b), a los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y la Ley 31/2010, de 27 de julio, sobre simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea, que en su Disposición Adicional Primera, al regular los servicios de seguridad competentes y punto o puntos de contacto nacionales a los efectos previstos en su texto, considera como tales las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y el Servicio de Vigilancia Aduanera.



www.civil-mercantil.com

También es reiterada la Jurisprudencia de esta Sala relativa a que los funcionarios de Vigilancia Aduanera ostentan la condición de Policía Judicial, no sólo para investigar los delitos de contrabando o conexos con el mismo, sino también para aquellos otros que estén directamente vinculados a la actuación inspectora de este servicio, integrado en la Agencia Tributaria. Sería el caso, entre otros, de los delitos de blanqueo de capitales o contra la Hacienda Pública - STS 811/2012, 30 octubre ; 392/2006, de 6 de abril ; STS 516/2006, de 12 de mayo ; o 586/2006, de 29 mayo -.

La aplicación de estas consideraciones al supuesto de autos es lo que nos ha llevado a la desestimación de la primera de las cuestiones previas planteadas por la defensa.

Esta causa especial tiene su origen en las Diligencias Previas nº 3761/2010, tramitadas por el Juzgado de instrucción nº 3 de Vigo, en la que, entre otros delitos, ya se investigaban los de blanqueo de capitales y fraude de subvenciones. Estas diligencias dieron lugar a su vez a las Diligencias Previas nº 2028/11 del Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona, donde la investigación se fue progresivamente ampliando para incluir la posible comisión, además de las infracciones ya expuestas, de los delitos de cohecho, prevaricación, malversación de caudales públicos, falsificación documental, y delitos contra la Hacienda Pública. Es en el curso de este último procedimiento donde aparecen los primeros indicios contra el hoy acusado. Se abre entonces pieza separada, hasta que finalmente, dada su condición de aforado, se eleva la correspondiente exposición razonada, asumiendo este Tribunal Supremo la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de la causa remitida por auto de 18 de octubre de 2012 . Siendo estos los delitos investigados, los funcionarios del Servicio de Vigilancia Aduanera no han actuado al margen de sus competencias.

Pero en cualquier caso, en segundo lugar, y como ya se expuso en el auto de 23 de abril de 2013, en el que se acordaba la continuación de la tramitación de esta causa especial de conformidad con los trámites del procedimiento abreviado, las diligencias practicadas por el Servicio de Vigilancia Aduanera lo han sido bajo la dirección del Juez de Instrucción que, como se desprende de los autos de intervención telefónica unidos a esta causa especial, particularmente los dictados en las Diligencias Previas nº 2028/11 del Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona, comisionó expresamente a este servicio, como comisionó a la Unidad de Policía Judicial de la Guardia Civil de Barcelona cuando lo estimó necesario dada la complejidad de la causa (auto de 21 de noviembre de 2011 unido a los folios 1934 y ss de la pieza separada de documentación correspondiente). Esta encomienda al Servicio de Vigilancia Aduanera, por el órgano jurisdiccional correspondiente, de funciones propias de policía judicial, y en línea con lo declarado asimismo en STS 289/2011, de 22 de abril , o STS 506/2006, de 10 mayo , no implicaría en ningún caso una nulidad de actuaciones como la pretendida por la



www.civil-mercantil.com

representación del acusado, pues ni le ha generado indefensión material alguna, constatable, ni existe el derecho a una "policía predeterminada por la ley", ni se ha prescindido de normas sustanciales del procedimiento.

2. Como la anterior, también fue desestimada por esta Sala, al inicio del juicio oral, la segunda de las cuestiones planteadas por la representación del acusado relacionada, como hemos expuesto, con la posible vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

Concretamente dicha vulneración se habría producido, según la defensa, porque no existió autorización judicial para la intervención de los correos electrónicos obrantes en la causa, que también son comunicaciones a estos efectos, y precisaban por tanto de dicha autorización, aún cuando se considere prueba documental asimilada a la correspondencia (artículos 18.3 CE y 579 y siguientes LECrim .).

Al respecto cabe indicar que, aún dando por válido el argumento esgrimido por dicha representación relativo a que, para acceder a los correos electrónicos existentes en los ordenadores intervenidos en las diligencias de entrada y registro era precisa una segunda autorización judicial distinta de la dictada para autorizar la diligencia de entrada, en el supuesto de autos, esta segunda autorización existió. Efectivamente el Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona autorizó expresamente, por auto de 17 de mayo de 2012 (folio 189 y ss del rollo de Sala), el volcado y análisis de los dispositivos informáticos intervenidos en los registros practicados en relación con los allí imputados, Pio , Romulo e Santiago . En dicho volcado, tal como se puso en su momento de manifiesto en el informe policial obrante a los folios 5230 y ss de la pieza separada correspondiente, fueron hallados los correos electrónicos relacionados con el acusado.

3. También se ha alegado como cuestión previa que, en las Diligencias Previas tramitadas ante el Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona, se acordó y prorrogó indebidamente el secreto de las actuaciones, con vulneración clara del principio de igualdad de armas. La representación del acusado no ha estado presente en ninguna de las diligencias allí practicadas, donde se le denegaron las solicitudes.

Esta alegación ha de ser igualmente desestimada. En primer lugar, las actuaciones procedentes del Juzgado de instrucción de Barcelona han sido unidas a esta causa especial, e incluyen los autos en los que se decretó en ellas el secreto de las actuaciones, y no se advierte que dicha medida fuera inmotivada o carente de justificación o que, por impedir el acceso de la parte ahora acusada a alguna diligencia, le generara indefensión; pero, en cualquier caso, y en



www.civil-mercantil.com

segundo lugar, no se advierte, ni se ha alegado realmente, en qué medida el secreto allí acordado, o la indebida denegación en ella de alguna diligencia, que también se alega, ha podido afectar a la tramitación de esta causa especial ante esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, para poder así justificar, como se pretende, una nulidad de actuaciones refleja por haberse vulnerado en aquélla algún derecho fundamental o principio del procedimiento.

En este sentido, basta observar la instrucción realizada por el Magistrado Instructor de esta Sala para descartar que durante la misma se haya producido alguna vulneración. Cabe indicar a este respecto que, el 18 de diciembre de 2012, se dictó por su parte auto acordando el alzamiento del secreto que, respecto a la pieza separada relacionada con el acusado, había sido declarado por el Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona; acordándose asimismo dar traslado a su representación de dicha pieza y de todos los documentos remitidos en su día a este Tribunal. La citada representación, por otro lado, ha podido intervenir sin duda en todas las diligencias acordadas durante la instrucción, como ha podido practicar en el plenario todas las pruebas que entendió pertinentes. En este sentido, se ha de descartar que, como se ha reiterado por la representación del acusado, el Ministerio Fiscal haya ostentado durante la tramitación de esta causa especial algún tipo de posición preeminente con la consiguiente vulneración del principio de igualdad de armas. Uno y otro han podido, particularmente, aportar a esta causa toda la documental que han estimado necesaria, entre ella, la relacionada con las actuaciones judiciales tramitadas en el Juzgado de Instrucción nº 9 de Barcelona. De hecho, así lo hizo la representación del acusado al inicio del juicio.

En definitiva, y como ya hicimos en su momento, todas las cuestiones previas planteadas por la representación del acusado se desestiman definitivamente, pues en el desarrollo de la prueba no han aflorado tampoco hechos nuevos, al amparo de los argumentos expuestos en esta resolución. En cualquier caso enjuiciamos los hechos que corresponden a esta pieza separada del aforado y no los de la causa matriz.

Segundo. *Fijación de los hechos probados. Valoración de la prueba.*

La prueba practicada en el juicio oral celebrado ante esta Sala, con absoluto respeto a los principios de inmediación, contradicción y oralidad, ha permitido efectivamente considerar probados los hechos declarados como tales en esta resolución.

En primer lugar, la existencia de los procedimientos contencioso administrativos a los que hemos aludido en los hechos probados de esta resolución, así como las entidades que en cada uno de ellos figuraban como actoras y codemandadas, resulta acreditado a la vista de los testimonios que fueron unidos a autos, y procedentes de los distintos Juzgados y Tribunales



www.civil-mercantil.com

ante los que se tramitaron. Dicha existencia, por otro lado, no ha sido objeto de controversia en el acto del plenario, donde igualmente todas las partes coincidieron en manifestar que existía una abundante conflictividad en el sector de las adjudicaciones y explotación de las ITV en la Comunidad Autónoma de Cataluña, la cual asimismo resulta evidente ante la naturaleza y número de tales procedimientos.

En segundo lugar, la existencia y contenido de todas y cada una de las comunicaciones que hemos relatado en los hechos probados, sean correos electrónicos o conversaciones telefónicas, ha resultado igualmente acreditada, y en realidad tampoco ha sido objeto de controversia, al margen de la valoración que de las mismas se haga posteriormente para la calificación jurídica de los hechos.

Los correos electrónicos fueron hallados al procederse al volcado de los soportes informáticos a los que ya nos hemos referido al examinar las cuestiones previas planteadas por la defensa del acusado, que, por otro lado, ha reconocido en el plenario su existencia y contenido.

En cuanto al contenido de las conversaciones telefónicas, sus términos derivan de las transcripciones que constan unidas a esta causa. En este punto, cabría hacer alguna consideración, al hilo de algunas de las alegaciones realizadas por la representación del acusado durante la celebración del juicio.

Es doctrina reiterada de esta Sala - STS 165/2013, de 26 de marzo , con citación de otras muchas- que a efectos de poder ser autorizadas durante la instrucción nuevas intervenciones telefónicas o prórrogas de las ya acordadas, no es necesario que se aporten al juez de instrucción las grabaciones de todas las conversaciones intervenidas, con el fin de que este las escuche personalmente; sino que el preceptivo control judicial podrá ejercerse examinando los resúmenes de aquellas que los agentes encargados de la investigación consideren más relevantes y aporten, en consecuencia, en la correspondiente solicitud de la nueva medida.

Cuestión distinta es la posterior valoración como prueba de cargo de las conversaciones intervenidas. Para ello será necesario que las mismas se introduzcan en el plenario con todas las garantías, sea mediante su audición, sea, como en el supuesto de autos, a través de las transcripciones de las mismas cuando su contenido haya sido debidamente averado en su momento por el Secretario Judicial (diligencia obrante al folio 253 de la pieza de instrucción), y no impugnado, e incluso por testimonio directo de los agentes encargados de las escuchas - STS 315/2012, de 22 de marzo , con citación de otras muchas- . En este sentido, si cualquiera de las partes considera que alguna conversación relevante fue intervenida y no transcrita en su momento, o que su transcripción no es exacta, solo tiene que solicitar su audición en el



www.civil-mercantil.com

plenario, lo que, obviamente no ha ocurrido en el supuesto de autos, en el que, por otro lado, la defensa mostró su conformidad a que no se practicara la audición de las conversaciones intervenidas, tal y como había instado en un primer momento el Ministerio Fiscal.

3. Respecto a la relación que el acusado mantenía con Pio y Jesús Luis , las pruebas obrantes en autos permite calificar la misma, y así lo hemos declarado probado, como una relación de amistad, entendida como una relación de afinidad y contacto recíproco, pues se veían con cierta frecuencia para comer y cenar, viajaron juntos al extranjero al menos en una ocasión, y mantenían un contacto constante a través del correo electrónico.

Efectivamente, el hecho de que el acusado se reuniera con regularidad para comer o cenar, con Pio y Jesús Luis , resulta probado a la vista de sus propias declaraciones, en las que reconocieron estos encuentros, y del contenido de alguno de los correos y conversaciones ya citadas, donde se hacen comentarios en este sentido, aludiendo a un restaurante como "el habitual".

En segundo lugar, la realización del viaje a Dubrovnick, en abril del año 2010, ha quedado acreditado, por la reserva correspondiente de los tres billetes de avión, que ha sido unida a las actuaciones, resultando además que fueron pagados por una sola tarjeta de crédito, la de Jesús Luis (folios 5327 y ss de la pieza correspondiente); por el contenido de sus propias declaraciones, reconociendo haber realizado el citado viaje y haber compartido el tiempo juntos, al menos en la ciudad indicada; y, también, por las fotografías realizadas durante el mismo, algunas de las cuales han sido también unidas a este procedimiento, y donde el acusado aparece junto a Pio y Jesús Luis . El hecho de que compartieran o no íntegramente la totalidad del programa durante los tres días que duró la estancia en Croacia y que, en consecuencia, visitaran o no juntos todos los lugares, carece de relevancia a estos efectos, acreditado como está, según hemos dicho, que efectivamente viajaron juntos.

En tercer lugar, que el acusado mantenía un contacto frecuente a través del correo electrónico, particularmente con Pio , ha quedado claramente de manifiesto con la unión a autos de muchos de ellos. La forma y contenido de estos correos, en los que se utilizan expresiones claramente coloquiales, demuestran asimismo, como lo hacen los encuentros o el viaje a Croacia ya descritos, que el acusado mantenía con Pio y Jesús Luis una relación de cercanía poco compatible con la afirmación de Pio , de que no tenía ninguna relación con él aun cuando intercambiaban correos, o con la del propio acusado, negando cualquier relación de amistad con este último, o con Jesús Luis , a los que, según afirmó, simplemente conocía. De hecho, Jesús Luis por su parte, aún cuando tampoco afirmó que fuera amigo del acusado, sí



www.civil-mercantil.com

reconoció que había coincidido con él en alguna comida o en alguna cena, considerándolo, dijo, como un "compañero de tertulia".

Cabe apreciar, en cualquier caso, que, aún cuando el acusado no mantuviera con Pio y Jesús Luis una relación que pudiera calificarse de amistad íntima, tratándose de meros conocidos, con un contacto más o menos constante, ello, que podría ser importante a la hora de juzgar la concurrencia de una causa de abstención o recusación de las previstas en la Ley orgánica del Poder Judicial, sería sin embargo irrelevante a la hora de subsumir los hechos probados en el tipo previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal . Porque cualquiera que fuera la naturaleza de dicha relación, la conducta del acusado sería punible si, como la acusación sostiene, les prestó asesoramiento en asuntos en los que debía intervenir por razón de su cargo, vulnerando así la imparcialidad que le era exigida como Juez.

4. Hemos declarado igualmente probado que el día 26 de enero de 2011, el acusado se reunió en el restaurante Can Isidre, en Barcelona, con Pio , Jesús Luis , Leocadia , Directora General del Gabinete Jurídico de la Generalitat, y Susana , Abogada Jefe del Servicio Contencioso Administrativo de la Generalitat. Así lo han reconocido todos ellos.

Asimismo consta probado en autos, porque así lo manifestaron en su declaración en el plenario las dos letradas de la Generalitat de Cataluña, que fue el acusado quien promovió el encuentro. Concretamente ambas coincidieron en manifestar que lo hizo diciéndoles que era una buena oportunidad para poder hablar con un experto mundial en el campo de las ITV, que no siempre estaba en Barcelona, y que por esta razón accedieron. También coincidieron estas testigos cuando declararon que no conocían al Sr. Jesús Luis o al Sr. Pio , que les fueron presentados en ese momento, como no conocían su relación con la entidad CERTIO ITV, una de las litigantes en los recursos contencioso administrativos sostenidos contra la Generalitat. En este punto, ambas fueron tajantes. Leocadia declaró que ella sabía sin duda, en su condición de Directora General del Gabinete Jurídico de la Generalitat que CERTIO ITV estaba litigando, pero no que su representante estuviera presente en ese encuentro.

De esta forma, ambas contradijeron el testimonio de Pio que, confirmando que fue el acusado quien convocó la reunión, sostuvo al ser preguntado sobre este extremo que, además de ser presentado como un experto en la materia, cree que también lo fue como administrador de CERTIO ITV.

Durante la citada reunión, como también hemos declarado probado, Pio , y así lo describieron las dos testigos ya citadas, les expuso los distintos modelos que en el campo de la explotación



www.civil-mercantil.com

y concesión de estaciones de ITV existían en distintos países, enfatizando, según ellas, la necesidad de dar prioridad en esta cuestión al interés público.

Ninguna de ellas, por otro lado, hizo referencia en su testimonio a que la finalidad del encuentro fuera iniciar o desarrollar algún tipo de mediación entre las partes en conflicto en los distintos procedimientos administrativos en trámite y la Generalitat de Cataluña, o que se hablara algo al respecto. También declararon que durante el encuentro el acusado habló poco, aunque sí manifestó, según dijo Leocadia , que otros modelos de regulación, como el de Cantabria, habían ido en esa dirección de priorizar en este campo el interés público.

De esta forma estos testimonios contradicen de nuevo las manifestaciones de Pio que, aún cuando afirma que utilizó el encuentro como excusa para exponer su argumentación y su modelo, declaró que fue un intento para lograr una mediación. En esta línea, se pronunció el propio acusado, que calificó el encuentro como una comida informal para intentar mediar. Preguntado entonces por qué no convocó a todas las demás partes, manifestó que CERTIO ITV era la única que reunía la condición de actora y codemandada, así como que no quería violar el secreto de la defensa jurídica de las demás partes.

Como un intento precisamente de conocer los avances de "esa mediación" describió el acusado la finalidad que perseguía cuando se volvió a reunir con las abogadas de la Generalitat el 23 de febrero de 2012. Pero, de nuevo, los testimonios de estas últimas en el acto del juicio no apoyan esta conclusión. En este encuentro, al que los asistentes refieren como un desayuno, se habló, según declaró Leocadia , de asuntos muy generales, como la organización de unas jornadas de derecho administrativo, o de cómo marchaba la creación de un órgano especializado en materia de contratación administrativa, y sólo quizás tangencialmente, dijo esta testigo, sobre alguna modificación legal en el ámbito de las ITV, o qué les había parecido el experto del encuentro anterior. Tampoco en ese momento se les comunicó que este experto, Pio , era el administrador de CERTIO ITV. En esta misma línea se manifestó Susana que declaró en el plenario que no recordaba si se habló o no de las ITV, pero que el objetivo del encuentro no era ese.

Tercero. Calificación jurídica.

1. Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal , según el cual, «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



www.civil-mercantil.com

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».

Efectivamente, de conformidad con los hechos declarados probados, el acusado asesoró e informó regularmente, lo cual no deja de ser una manifestación específica de lo primero, pues facilita los pasos del asesoramiento, a la entidad CERTIO ITV, a través de Pio y Jesús Luis, en asuntos en que debía intervenir como Presidente de la Sección NUM003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION001, como eran los recursos citados, y en los que esta entidad era parte, comprometiendo así la imparcialidad que debe presidir la función que desempeñaba, y cometiendo en consecuencia la citada infracción penal.

Este tipo penal, incluido dentro del 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, protege, decíamos en la STS 19/2010, de 25 de enero, «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 compatibilidades de la función pública (Ley 53/84, de 26 de diciembre), sino cuando esa situación de incompatibilidad se vertebraba sobre los propios asuntos que son competencia del funcionario público».

Es pues ese principio de imparcialidad, que debe presidir la actuación de todo funcionario público, el bien jurídico protegido por este delito, una imparcialidad que puede ser legítimamente puesta en duda, cuando el funcionario, fuera de los casos permitidos por el ordenamiento, realiza por sí o por persona interpuesta, las acciones descritas en el tipo, confundiendo de esta forma actividad pública y privada. Porque el funcionario público no solo ha de ser imparcial desde el punto de vista subjetivo, sino también desde el punto de vista objetivo, absteniéndose de realizar aquellos comportamientos que, como los allí previstos, puedan afectar a lo que sería su apariencia de imparcialidad.

El sujeto activo del delito será en consecuencia el funcionario público afectado por el deber de imparcialidad que se protege en la norma penal, tratándose de un delito especial propio. La acción típica por su parte, consistirá, y así lo destacábamos en la STS 19/2010, de 25 de enero, en la realización, por sí mismo o a través de persona interpuesta, de una actividad profesional o de asesoramiento (confusión entre lo público y privado), permanente o accidental, que dependa de entidades privadas o de particulares y que incidan en el ámbito de actuación del



www.civil-mercantil.com

funcionario, es decir, el ejercicio de una actividad profesional bajo dependencia de una entidad privada o de un particular, relacionada con la función pública. Se evita así, decíamos en la STS 1189/2010, de 30 de diciembre , el riesgo de que los intereses privados prevalezcan sobre los públicos, poniendo en entredicho, como ya hemos expuesto, la objetividad e imparcialidad de la función pública. Será irrelevante, por otro lado, que la actuación privada sea permanente, pues para la realización del tipo penal basta una única actuación en la forma descrita en el tipo penal para su comisión.

Precisamente por las razones ya expuestas, esta infracción penal, y como también decíamos en la STS 199/2012, de 15 de marzo , no exige la producción de ningún resultado, quedando consumada desde el momento de la realización de tal actividad. Si se produjera una incidencia real en los asuntos públicos, nos podríamos encontrar ante un delito de prevaricación, revelación de secretos o de actividades prohibidas a los funcionarios públicos del artículo 439 del Código Penal . Se adelanta de esta forma la barrera de protección. En definitiva, nos hallamos ante un delito que protege el correcto funcionamiento de la función pública que, conforme a las exigencias constitucionales, (arts. 9.1 y 103 C.E .), debe respetar los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad - STS 484/2008, de 11 de Julio -.

En este sentido, su aplicación cuando tales principios son vulnerados por un juez o magistrado es indiscutible. Es más, en los casos en los que es un miembro del poder judicial el que los violenta frontalmente, prestando asesoramiento a una de las partes en asuntos de lo que va a conocer por razón de su cargo, la conducta es de tal gravedad que podría incluso justificar su castigo en un tipo específico incluido dentro del capítulo primero de los delitos contra la Administración de Justicia, dedicado a la prevaricación, pues actuar con falta de imparcialidad sostenida puede llegar a serlo, donde se castigan, con penas más graves, otras infracciones cometidas por jueces o magistrados que, como la prevista en el artículo 441 del Código Penal , atentan contra los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, que ha de estar sometida únicamente, porque así lo exige nuestra Constitución, al imperio de la ley. A este respecto, el artículo 467.1 CP , referido a Abogados y Procuradores, impone una pena superior.

3. Pues bien, como hemos adelantado, los hechos declarados probados con respecto al acusado son subsumibles en el tipo penal previsto y penado en el artículo 441 del Código penal , pues permiten afirmar que asesoró a la entidad CERTIO ITV, a través de Pio y Jesús Luis , en asuntos en los que debía intervenir en su condición de Presidente de la Sección NUM003 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de DIRECCION001 , y en los que esta entidad era parte.



www.civil-mercantil.com

En primer lugar, sólo se explica en ese contexto de asesoramiento el constante intercambio de información entre el acusado y el representante legal de CERTIO ITV, que era parte, como actora o codemandada, en los numerosos recursos contencioso administrativos que debían resolverse en el Tribunal que presidía, tanto sobre actuaciones judiciales concretas que habían tenido lugar en dichos recursos, como en general sobre la materia objeto de estos litigios. En este sentido, algunos de los correos que Pio envía al acusado, y que incluyen expresiones tales como, "cuando puedas comentamos", "ya me dirás", o "hablamos", dejan entrever claramente que la finalidad pretendida con su envío era, precisamente, obtener la opinión de su destinatario sobre dicha información, relacionada directamente, como hemos dicho, con los recursos que se tramitaban en el Tribunal que él presidía.

Muy ilustrativo resulta en esta línea el correo que, el 21 de junio de 2010, Pio envía al acusado, reenviándole, a su vez, uno que le había remitido la letrada Margarita , relacionado con dos recursos interpuestos, y en la que esta le había comunicado que el Tribunal había acordado la tramitación de una medida cautelar que no había sido solicitada. En dicho correo, el Sr. Pio le dice expresamente al acusado: «adjunto escrito que hemos recibido. Tenemos pendiente una comida con Eulalio . Dime que tenemos que hacer respecto al recurso y si nos vemos con Eulalio y Jesús Luis . Ya me dirás un abrazo. Pio ».

También el correo del de 13 de mayo de 2010, en el que Pio dice al acusado: «Ha salido el concurso de las ITV Cataluña. A correr»; y este le contesta: «la final de supervivientes llega. Un saludo». El propio acusado, al ser preguntado por alguno de los correos, aún negando que prestara asesoramiento, manifestó que "no tenía sentido" o que "era extraño" que Pio le remitiera esta información; una remisión, como hemos dicho, reiterada y constante sobre asuntos en los que el acusado debía intervenir por razón de su cargo, y cuya prolongación en el tiempo solo se entiende si, efectivamente, la finalidad pretendida, que era obtener consejos del magistrado que debía resolver los recursos, se estaba cumpliendo.

Esto último, por otro lado, resulta claramente del contenido de dos de los citados correos, el de 5 de mayo de 2010 y el de 17 de diciembre del mismo año. En el primero, el acusado envía, en esta ocasión, a Jesús Luis , un modelo para interponer un recurso contencioso administrativo contra el Decreto 30/2010 de 2 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de la Ley 12/2008 de 31 de julio, de seguridad industrial. La representación del acusado insistió en el acto del plenario que estábamos ante un mero formulario, fácilmente accesible a través de internet, y que como tal carecía de relevancia alguna. Pero cabe indicar al respecto que, sin negar que lo que se envía es un modelo de escrito para presentar el recurso, ha de valorarse quién lo envía, que es el Presidente de la Sección del Tribunal que va a conocer del mismo. No podemos concluir pues que dicho envío sea una banalidad o un acto carente de importancia



www.civil-mercantil.com

(también se protege la apariencia de imparcialidad). La remisión a una de las partes de un modelo para preparar un escrito que va a presentarse en el tribunal, y principalmente por el juez o magistrado que va a conocer del asunto en cuestión, como fue el caso, en modo alguno puede calificarse de acto irrelevante porque afecta al contenido esencial de la función judicial objetiva e imparcial.

En el correo de 17 de diciembre, Pio le envía al acusado el escrito que han preparado para interponer el recurso contencioso administrativo contra la adjudicación del concurso de las ITV, incluyendo la solicitud de medida cautelar de suspensión de la misma. El acusado contesta a ese correo y dice a Pio , como ya hemos indicado, que ha podido leerlo y hablar con Jacobo , dándole su "OK", añadiendo que le confirme que por su parte puede presentarlo, y que ya hablarán más detenidamente. De nuevo estamos ante un comportamiento que no puede ser calificado de banal o irrelevante, desde el momento en el que el acusado, que va a formar parte del Tribunal que va a conocer de dicho recurso (es el número 456/2010), y después de hablar con el abogado de una de las partes, da su conformidad a un escrito que esta última va a presentar, indicándole además que ya hablarán despacio sobre la cuestión.

El acusado ha insistido en el juicio que no leyó el correo ni el documento que le mandaron, porque no tuvo tiempo, al estar en unas jornadas que se estaban celebrando en el Colegio de Graduados Sociales de Barcelona. También negó haber hablado con Jacobo , sosteniendo que lo que pretendía con su contestación era "quitarse de encima" a Pio . Esta explicación sin embargo resulta del todo incompatible con el contenido de la contestación que él mismo da al correo que se le envía. La misma no deja duda alguna de que el acusado no solo accedió al contenido del archivo adjunto que se le enviaba, sino que, como expone, lo comentó con el abogado de CERTIO, dándole su conformidad para que lo presentase. Ninguna otra explicación lógica y racional puede inferirse del contenido de dicha contestación. Poco importa el tiempo invertido en su examen cuando lo relevante es la confianza y seguridad que revela su sólo envío.

De nuevo pues nos encontramos ante un comportamiento que, incluso por sí solo, cumpliría las exigencias del asesoramiento típico, que puede ser, según la doctrina expuesta, meramente accidental, pues el acusado da su conformidad a un escrito elaborado por una de las partes, en un asunto en el que va a intervenir por razón de su cargo. De hecho, y como consta en las actuaciones, la petición de medidas cautelares formuladas en dicho escrito fue finalmente estimada por el Tribunal que presidía el acusado, siendo él precisamente ponente de la resolución.



www.civil-mercantil.com

4. Además del intercambio de correos ya descrito, algunos de los cuales, como hemos dicho, sería por sí solo suficiente para la aplicación del tipo penal del artículo 441 del Código Penal, existen otros datos que refuerzan la conclusión de que el acusado asesoraba a la entidad CERTIO ITV a través de Pio y Jesús Luis.

Así consta probado que el acusado se reunió a iniciativa suya y hasta en dos ocasiones con Leocadia, Directora General del Gabinete Jurídico de la Generalitat, y Susana, Abogada Jefe del Servicio Contencioso Administrativo de la Generalidad. En el primero encuentro, promovido por el acusado alegando que un experto en la materia estaba esos días en Barcelona, estuvieron también presentes Pio y Jesús Luis, cuya relación con CERTIO ITV, y por tanto con una de las partes que litigaban contra la Administración catalana en este campo, se ocultó a las letradas de la Generalitat. En el mismo, el Sr Pio, como manifestó, expuso su posición en este campo, enfatizando particularmente la preeminencia que debía darse al interés público.

Este encuentro fue seguido, de otro, el día 24 de febrero de 2012, a cuyo desarrollo también hicimos ya referencia.

El día antes de este segundo encuentro, el Sr Pio mantiene una conversación con Romulo. El contenido de esta última, que ha quedado reflejado en los hechos probados de esta resolución, revela claramente que el mismo está informado de los contactos del acusado con estas personas y de las iniciativas que el mismo parece pretender de ellas, relacionadas, según se infiere de la conversación, precisamente con una modificación legislativa para que, se dice, el interés público (ese al que el Sr. Pio había hecho referencia en el encuentro con las letradas al que había asistido junto al Sr. Jesús Luis y el acusado) quede recogido en una ley.

En esta misma línea, el mismo día 24 de febrero de 2012, el Sr. Pio y el Sr. Jesús Luis mantienen una conversación telefónica en la que de nuevo claramente se refleja que el acusado ha dado cuenta al segundo de dicho encuentro, añadiendo, entre otras, la siguiente consideración: «.. también es importante que las letradas de la Generalitat hayan visto que nosotros tenemos la sartén del Tribunal...».

5. Existe aún otro elemento que apoya igualmente la conclusión de que el acusado estaba aconsejando a CERTIO ITV, y es el contenido de las conversaciones telefónicas unidas a autos, algunas de las cuales ponen de manifiesto la realidad de que esta entidad estaba siendo aconsejada por el magistrado acusado.



www.civil-mercantil.com

En las conversaciones de 1 y 3 de marzo de 2012, sostenidas entre Jesús Luis y Pio , y cuyo contenido ha quedado reflejado en los hechos probados, estos hacen referencia expresa a que sobre la cuestión que tratan, relacionada con los reiterados recursos, hablarán con el acusado.

En las de 21 y 24 de febrero de 2012, también reflejadas en el factum , es Pio quien anuncia a un tercero que va a hablar o a encontrarse con el juez, al que menciona expresamente por su nombre en la segunda. Cabe aquí destacar que la primera de estas conversaciones, en la que el Sr. Pio le dice a su interlocutor que mañana va a cenar con el juez, tiene lugar el día antes de que, efectivamente, el acusado cenara con él y con el Sr. Jesús Luis en el restaurante Can Vallés en Barcelona, encuentro reconocido por todos ellos, y del que existe reportaje fotográfico en las actuaciones. El hecho de que este encuentro, anunciado en la citada conversación, tuviera lugar efectivamente, junto a la realidad de la relación y los contactos entre el acusado y Pio y Jesús Luis , que ha quedado justificada a través de otros medios probatorios, dotan de la máxima credibilidad a las manifestaciones que estos últimos realizan en las conversaciones telefónicas que hemos mencionado, y en las que se refieren al acusado; una credibilidad que por las mismas razones otorgamos a las referencia que, también respecto al acusado, se contienen en las conversaciones que mantenidas por otras personas han sido recogidas también en el "factum".

Cuarto.

De conformidad con lo expuesto se considera probado que el recurrente asesoró de manera permanente a CERTIO ITV, en asuntos en los que debía intervenir por razón de su cargo, pues aconsejó en la materia sobre la que versaban los recursos contencioso administrativos que debían ser resueltos en el Tribunal que presidía, y ello a través de los acciones descritas con anterioridad: intercambió y comentó con ellos, de manera continuada, información sobre determinadas actuaciones judiciales relacionadas con dichos recursos; envió un modelo al que ajustar la presentación de uno de sus recursos; habló con su abogado sobre otro de ellos, en el que pedía la adopción de unas medidas cautelares, dándole su conformidad al mismo; y promovió reuniones o encuentros con las letradas de la Generalidad de Cataluña, la Administración contra la que CERTIO litigaba, con el resultado y finalidad ya descritos.

Dos consideraciones más cabría añadir al respecto.

1. La primera es que el asesoramiento del acusado, precisamente por los actos en los que consistió y por su prolongación en el tiempo, fue un asesoramiento típico a los efectos de su inclusión en el artículo 441 del Código Penal por el que ha sido acusado. En este sentido, como decíamos en la STS 636/2012, de 13 de julio , con citación de otras, y en línea con lo sostenido

The logo consists of the letters 'CEF.-' in a bold, white, sans-serif font, set against a dark red rectangular background.

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

asimismo en la STS 19/2010, de 25 de enero , «...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 » . Pues bien, estos presupuestos se cumplieron en el supuesto de autos. La actuación del acusado, valorada en su conjunto, y teniendo en cuenta, su prolongación en el tiempo, su naturaleza y los actos en los que se materializó, comprometieron sin duda su imparcialidad y objetividad, pues estaba destinada a favorecer los intereses de una de las partes en litigio, CERTIO ITV, la cual, precisamente por ello, contó con el apoyo del Presidente del Tribunal que debía conocer de los recursos en los que intervenía, con el que consultaba el devenir de estos recursos.

El hecho de que CERTIO ITV resultara beneficiada o no finalmente por las resoluciones judiciales que se dictaron en los recursos contencioso administrativos en cuestión es indiferente a estos efectos, y no convierte el asesoramiento prestado en irrelevante o le priva de significado. El delito, como ya hemos reiterado, no exige sino la infracción de los deberes de imparcialidad y objetividad y por tanto no requiere, como decíamos en la STS 1497/2002, de 23 de septiembre , que su autor haya producido un daño diverso del jurídico, que de existir podría haber dado lugar, en el caso de autos, a la condena del acusado, en su caso, por un delito de prevaricación previsto y penado en el artículo 446 del Código Penal .

La segunda consideración que cabría añadir es que la actuación del recurrente no podría estar amparada, como alegó su representación, por un intento de iniciar una mediación informal entre las partes en conflicto; amparo cuya existencia, por otro lado, únicamente podría plantearse respecto a los encuentros que el acusado mantuvo con las abogadas de la Generalitat de Cataluña, porque nada en el intercambio de correos entre el acusado y el Sr. Pio y el Sr. Jesús Luis apunta en esta dirección.

La mediación, de conformidad con la definición que contiene en su artículo tres la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 , sobre ciertos aspectos de mediación en los asuntos civiles y mercantiles, constituye un procedimiento estructurado en el que dos o más partes en litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador.

En el ámbito contencioso administrativo, esta forma de resolución de conflictos no ha sido desarrollada legislativamente, como sí lo ha sido en el ámbito civil, por la Ley 5/2012, de 6 de julio de mediación en asuntos civiles y mercantiles, que precisamente excluye de su ámbito de aplicación la mediación con las Administraciones Públicas. La misma, sin embargo, y particularmente la posibilidad de que sea ejercida por el propio juez o magistrado que dirige el



www.civil-mercantil.com

procedimiento, no carece de toda cobertura legal. En este sentido, cabría destacar el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que dice lo siguiente: «1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad. Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos. 2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia. 3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros».

Junto a esta norma, también recogen la posibilidad de que las Administraciones Públicas lleguen a acuerdos con los particulares en casos de conflicto, los artículos 88 y 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común . Asimismo, sería aplicable a la jurisdicción contenciosa administrativa, por vía de la cláusula supletoria del artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , las previsiones contenidas en el artículo 415 de esta misma norma sobre los intentos de conciliación y transacción entre las partes, y la posibilidad de que éstas acudan a una mediación para solucionar el litigio.

No obstante lo expuesto, dos razones fundamentales nos conducen a descartar que los encuentros entre el acusado y las representantes de la Administración catalana estuvieran presididos por un intento de mediar, aún de manera informal, entre las partes. Razones que, en este sentido, contradicen las declaraciones prestadas al respecto por Pio , que manifestó que esto era lo pretendido en la reunión a la que asistió, o por el también testigo, Eusebio , compañero de sección del acusado, que declaró que le constaba que este último había realizado algún intento en esta dirección.

La primera es evidente, los supuestos intentos de mediación solo tienen como protagonistas, además de a las abogadas de la Generalitat, a una de las entidades litigantes, CERTIO ITV, la entidad cuyos intereses defendían Pio y Jesús Luis . Los representantes legales de ITEVELESA y ATISAE, dos de las entidades que junto a CERTIO ITV figuraban como codemandadas en los



www.civil-mercantil.com

recursos mencionados en los hechos probados de esta resolución, manifestaron en el acto del juicio, en el que declararon como testigos, que nunca fueron convocados a ninguna reunión para mediar en el conflicto y que no tuvieron ninguna relación con el acusado. El abogado de OCA ITV SA, por su parte, demandante en todos los citados recursos, a excepción del número 456/2010, que interpuso la propia CERTIO, tampoco sostuvo que se le convocara o se le diera cuenta de dicha reunión sino que un tercero, el Sr. Teodosio, le había dicho que el acusado veía conveniente mantener contactos con los abogados.

Ha sostenido el acusado que el hecho de convocar sólo a CERTIO estuvo motivado porque esta entidad era la única que ostentaba la condición de actora y codemandada en los recursos en trámite. Pues bien, al margen de que esta afirmación no es exacta, porque salvo en el recurso número 456/2010 en el que figura como actora, CERTIO ITV aparece como codemandada en los recursos a los que nos hemos referido en los hechos probados de esta resolución, este argumento, como el relacionado con un intento de no querer revelar la defensa de cada una de ellas, también expuesto por el acusado en su declaración en el plenario, resulta poco convincente, sobre todo porque nunca hubo un intento de acercamiento al resto de los litigantes, con los que sin duda había que contar si se pretendía llegar a algún acuerdo.

La segunda razón es que carece de todo sentido que si se pretende mediar en un conflicto, aún informalmente, se oculte a una de las partes implicadas, en este caso, la Generalitat de Cataluña, en la persona de las letradas ya citadas, esta intención, convocándolas a un encuentro en el que, como ocurrió en el caso de autos, se les oculta que las personas allí presentes representan precisamente a una de las partes en el conflicto.

Ante esta evidencia, las declaraciones testificales ya mencionadas, que sí apuntaron a que el acusado había realizado algún intento en esta dirección, resultan claramente insuficientes para entender que era una mediación informal entre las partes lo que el acusado pretendía. Al contrario, lo que las circunstancias expuestas, junto a otras ya mencionadas en el fundamento anterior y relacionadas con el contenido de algunas conversaciones telefónicas obrantes en autos, ponen de manifiesto, es que en este encuentro, como en los otros contactos que el acusado mantuvo con la Administración Catalana, pretendía apoyar los intereses de una de las partes, en este caso CERTIO ITV, promoviendo una reforma legislativa en línea con sus pretensiones. El asesoramiento típico tiene como destinatario a los particulares o a las entidades privadas, lo que significa que en principio no es ilícito, siempre que se trate de cuestiones que afectan al interés general y medie en su caso la correspondiente autorización, cuando sus receptores sean otros poderes del Estado o las Administraciones Públicas, siendo ello una manifestación de la debida colaboración entre los mismos. Lo que sucede en este caso



www.civil-mercantil.com

es que la presencia de las personas mencionadas, que tenían concretos intereses privados en la cuestión tratada, desdibuja totalmente lo anterior.

Quinto.

El acusado, Leon , de conformidad con lo dispuesto en los artículos 27 y 28 del Código Penal , es responsable en concepto de autor de un delito previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal .

Sexto.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Séptimo.

Respecto a la pena, y de acuerdo con las previsiones del artículo 66 del Código Penal , se impone al acusado una pena de multa de 9 meses, con una cuota diaria de 50 euros (con una responsabilidad personal subsidiaria de un día por cada dos cuotas no satisfechas), y la suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos años. La gravedad de su conducta, tal como se infiere de las consideraciones ya realizadas en el fundamento de derecho segundo de esta resolución, justifican que tanto la pena de multa como la de suspensión se separen del mínimo legalmente previsto en el tipo penal y que se fijen en los términos expuestos. En cuanto a la segunda porque la individualización de la pena privativa de derechos impuesta como principal pasa por la intensidad de la actividad del acusado, siendo preciso considerar que un solo acto puede constituir la conducta típica. Por lo que hace al importe de la cuota de la primera de ellas, se estima proporcionado fijarla en 50 euros, frente a los 100 solicitados por el Ministerio Fiscal, partiendo del nivel retributivo del acusado en relación con su situación actual como suspenso en el ejercicio de sus funciones. Igualmente se impone al mismo el pago de las costas procesales.

Vistos los preceptos citados, artículo 43 CP y los demás de general y pertinente aplicación,

III. FALLO

DEBEMOS CONDENAR al acusado Leon como responsable en concepto de autor de un delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y de abuso en el ejercicio de la función previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de NUEVE MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE 50 EUROS, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, Y SUSPENSIÓN DE



www.civil-mercantil.com

EMPLEO O CARGO PÚBLICO, incluido el de Magistrado, POR TIEMPO DE DOS AÑOS, y pago de las costas procesales.

Para el cumplimiento de la pena de suspensión, se tendrá en cuenta, en su caso, el tiempo que el acusado hubiera permanecido suspendido de su cargo de conformidad con los artículos 383 y 384 de la LOPJ .

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.