



## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064746

### TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 89/2020, de 3 de marzo de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2419/2018

### SUMARIO:

#### **Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, abuso de poder en el ejercicio de sus funciones.**

Agente de la Guardia Civil que da órdenes a sus subordinados para evitar que los vehículos de la empresa de su esposa sean sometidos a control.

El art. 439 del Código penal sanciona las conductas de los funcionarios públicos que infringen el deber para con la función pública utilizando esa función para obtener unos fines distintos a los que informa la actuación de la administración, incumpliendo el deber de abstención que pesa sobre el funcionario cuando se producen la colisión de deberes. A su través se trata de obtener un fruto, directo o indirecto, de un beneficio económico, o de otro tipo el delito se vertebra sobre el deber de abstención del funcionario quien ostenta un interés en la causa sustrayéndose al deber de imparcialidad que debe guiar su conducta.

El bien jurídico radica en la protección del deber de probidad y de imparcialidad de la función pública, así como el patrimonio público, que se ven afectados cuando el funcionario público se incumple ilícitamente su obligación, es pues de un interés propio que lesiona el deber de imparcialidad, sirviendo con objetividad intereses generales, y el particular derivado del particular interés que persigue por sus relaciones con el objeto de su actuación".

No se trata de elevar a la categoría de delito toda infracción del régimen de incompatibilidades por agentes de la Guardia Civil, pero en este precepto se castigan, no ya las actividades prohibidas, sino el abuso en el ejercicio de su función por parte de los funcionarios públicos.

### PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 432 y 439.

### PONENTE:

*Don Manuel Marchena Gomez.*

agistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ  
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Don ANA MARIA FERRER GARCIA  
Don VICENTE MAGRO SERVET  
Don CARMEN LAMELA DIAZ

### RECURSO CASACION núm.: 2419/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Penal

Sentencia núm. 89/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 3 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2419/18, interpuesto por infracción de Ley, por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia nº 9/2018 de 7 de junio, dictada por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, por la que se estima el recurso de apelación interpuesto por D. Felicísimo, contra la sentencia del Tribunal Jurado con fecha 15 de marzo de 2018, dictada por la Sección 3<sup>a</sup>, de la Audiencia Provincial de Cantabria, con sede en Santander, rollo nº 5/18, en causa seguida contra D. Felicísimo por delito de negociaciones prohibidas a funcionarios. Los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, y como parte recurrida el Sr. Felicísimo, representado por la procuradora D<sup>a</sup> María Abellán Albertos y bajo la dirección letrada de D. Luis Alberto Aldecoa Heres.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Santander, incoó autos de Tribunal Jurado con el nº. 3413/2015, seguidos ante la Audiencia Provincial de Cantabria, con sede en Santander (Sección 3<sup>a</sup>), contra D. Felicísimo que, con fecha 15 de marzo de 2018, dictó sentencia nº 91/2018 que contiene los siguiente HECHOS PROBADOS: "ÚNICO: Ha resultado probado, y así se declara, que el acusado, D. Felicísimo, mayor de edad y sin antecedentes penales, Agente de la Guardia Civil, integrado en la Agrupación de Tráfico de Cantabria, los días 5 de Mayo y 5 de Junio de 2014 y el día de 2015 era responsable del Centro Operativo (COTA), encargado de dirigir las patrullas de 27 de Mayo de Tráfico tráfico en servicio y disponer de las mismas atendiendo a las necesidades de la seguridad vial. El Sr. Felicísimo está casado con Da Francisca, titular de la empresa "Marta Herrera Entrecanales (MHE)", dedicada al transporte.

A) El día 5 de Mayo de 2014, encontrándose solo y de servicio nocturno el Sr. Felicísimo en la central COTA, ordenó a una pareja de Agentes de la Guardia Civil de Tráfico, los Srs. Maximino y Plácido, desplazarse a la zona de Laredo, con la finalidad de dejar sin vigilancia la zona oriental más próxima a Santander. La razón de tal orden fue dejar expedito el paso a un camión que realizaba un transporte para "MHE" que transitaba por la S-10 en dirección a Heras, sin que se haya probado que dicho camión necesitara una autorización especial. La empresa "Transportes Cepelludo, S.A." había solicitado una autorización especial, estando entre los vehículos autorizados algunos camiones y semirremolques de titularidad de "MHE".

Así las cosas, la pareja de Agentes detectó el camión, que fue interceptado a la salida de Heras, pero el coche-piloto que acompañaba al camión se dio a la fuga, no volviéndosele a ver por la zona de autos. Entonces los Agentes recibieron una llamada de teléfono del Sr. Felicísimo, en la central COTA, que les dijo que en el coche-piloto se encontraba un Comandante de la Guardia Civil y que dejaran transitar al camión, que el citado



Comandante les daría las explicaciones oportunas, lo que nunca ocurrió. Los Agentes así lo hicieron y no consignaron esta circunstancia en sus papeletas de servicio, continuando el camión su marcha.

B) El día 5 de Junio de 2014, también en horas nocturnas y estando el Sr. Felicísimo como único componente de COTA, ordenó por teléfono a los Agentes Srs. Silvio y Jose Miguel escoltar un camión propiedad de "MHE" y conducido por el Sr. Pedro Antonio, en el trayecto Heras-Santander, asegurando a éstos que todos los papeles estaban en regla. El transporte referido requería autorización especial, de la que se carecía, no habiéndose abonado las tasas pertinentes. No obstante, el Sr. Felicísimo ordenó a los Agentes de la Patrulla, a los que inicialmente se les había dicho que se limitarían a ayudar al camión a realizar una operación de maniobra, que lo escoltaran cerca de ocho kilómetros.

C) El Sr. Felicísimo fue visto conduciendo en fechas no precisadas un coche-piloto de acompañamiento de transportes especiales ejecutados por la empresa de su esposa, "MHE", a fin de dar cobertura a transportes no autorizados y prevaliéndose de su condición de Agente de la Guardia Civil.

El Sr. Felicísimo realizó los hechos anteriores para beneficiar a la empresa "MHE", de titularidad de su esposa y con la que él colaboraba.

D) No ha resultado probado, y así se declara, que el día 27 de Mayo de 2015, el Sr. Felicísimo gestionara para la empresa "GOMUR" un transporte especial cuya solicitud no se había formulado dentro del plazo de 72 horas, transporte que realizó "MHE".

### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó sentencia nº 9/2018 de fecha 7 de junio de 2018 con el siguiente pronunciamiento: " FALLO: Que en cumplimiento del veredicto emitido por el Jurado, debo condenar y condeno a D. Felicísimo, como autor directo y responsable de un delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, ya definido, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, MULTA DE DIECIOCHO MESES, con cuota diaria de seis euros, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el artículo 53 del Código Penal en caso de impago, e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA EMPLEO O CARGO PÚBLICO por tiempo de DOS AÑOS Y SEIS MESES, y al pago de las costas procesales causadas, excluidas las de la Acusación Popular.

Por decisión del Jurado, se suspende la ejecución de la pena de prisión por un plazo de dos años, al haber delinquido el acusado por primera vez, ser la pena impuesta inferior a dos años y no existir responsabilidades civiles que abonar; suspensión condicionada a que no delinca en ese plazo.

Por decisión del Jurado, no se postula ante el Gobierno de la Nación la concesión de indulto al penado.

Esta Sentencia no es firme. Contra la misma puede interponerse recurso de APELACIÓN ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dentro de los DIEZ DÍAS siguientes al de la última notificación de la Sentencia, recurso que habrá de fundamentarse en alguno de los motivos recogidos en el artículo 846 bis C) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

### **Tercero.**

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, con sede en Santander, en el recurso de apelación de Tribunal de Jurado rollo 5/2018, procedente de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 3ª, con sede en Santander, dictó sentencia nº 9/2018 de fecha 7 de junio de 2018, cuyo fallo es el siguiente : "Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación, interpuesto por Don Felicísimo contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, de fecha dos de marzo de mil dieciocho y, en su virtud, debemos absolver a Don Felicísimo del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios del que habla sido condenado, con todos los pronunciamientos favorables, y la declaración de oficio de las costas causadas.

Notifíquese esta la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que la presente resolución no es firme, y contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los CINCO días siguientes al de la última notificación, y que deberá contener los requisitos exigidos en el art 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal." (sic)

**Cuarto.**

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para sus sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**Quinto.**

El Ministerio Fiscal, basa su recurso en los siguientes motivos de casación:

Motivo Único.- Al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida inaplicación del art. 439 del Código Penal.

**Sexto.**

Instruidas las partes del recurso interpuesto, la representación de la parte recurrida por escrito de fecha 2 de octubre de 2018, evacuando el trámite que se le confirió, y por las razones que adujo, impugnó el mismo, y subsidiariamente su desestimación.

**Séptimo.**

Por providencia de fecha 18 de diciembre de 2019 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos, para señalamiento del fallo cuando por turnos correspondiera.

**Octavo.**

Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 22 de enero de 2020.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1.- Por el Ministerio Fiscal se interpone recurso de casación contra la sentencia de fecha 7 de junio de 2018, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el procedimiento de la ley del jurado núm. 32/2017, que estimó el recurso de apelación interpuesto por Felicísimo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de 15 de marzo de 2018 y le absolvió del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios por el que había sido condenado.

1.1.- Se formaliza un motivo único, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, infracción de ley, por inaplicación indebida del art. 439 del CP.

Razona el Fiscal que la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria absolvió al acusado del delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos previsto y penado en el art. 439 del Código Penal, delito por el que había sido condenado en la instancia por el Tribunal del Jurado, Esa absolución fue dictada -aduce el Fiscal- pese a mantener en su integridad el hecho probado del apartado A) de la sentencia, relativo a los acontecimientos ocurridos el 5 de mayo de 2014, en el que se considera probado que el acusado, agente de la Guardia Civil perteneciente a la Agrupación de Tráfico de Cantabria, como responsable de la Central Operativa de Tráfico y encargado de dirigir las patrullas de tráfico en servicio, ordenó a una pareja de motoristas que se desplazaran a la zona de Laredo, con la finalidad de dejar sin vigilancia la zona oriental de la Comunidad más próxima a Santander, y así dejar expedito el paso de un camión de la empresa MHE, S.L, de la que era titular su esposa. Como quiera que, a pesar de ello, el camión fue interceptado, llamó a los agentes diciéndoles que en el coche piloto que acompañaba al camión, que acababa de darse a la fuga, se encontraba el Comandante de la Agrupación, que les daría posteriormente las explicaciones oportunas y que dejaran transitar el camión, como así hicieron, no consignando en las papeletas de servicio esta circunstancia. El Tribunal Superior de Justicia entiende que la conducta del acusado, al requerir a los agentes de patrulla que dejaran transitar el camión asegurando que tenía todos los papeles en regla, no es una de las acciones típicas comprendidas en la gestión interesada de un negocio u operación de la Administración tipificada



en el art. 439 del Código Penal, aunque se pueda considerar que se trataba de un trato de favor que queda extramuros de la sanción penal.

1.2.- En apoyo de su tesis el Fiscal invoca distintos pronunciamientos de esta Sala que justificarían la subsunción de los hechos en el precepto penal por el que se formuló acusación en la instancia ( art. 432 CP).

Recuerda también que el dictado de una sentencia absolutoria recaída en el recurso de apelación promovido por la defensa contra una previa resolución condenatoria suscrita por el Magistrado- Presidente del tribunal del jurado, no es obstáculo para que esta Sala pueda estimar que los hechos tienen relevancia típica y, precisamente por ello, coincidir con el pronunciamiento inicialmente condenatorio.

El motivo tiene que ser estimado.

2.- Tiene razón el Fiscal cuando recuerda que la doctrina jurisprudencial y del TEDH acerca de los límites de nuestra capacidad revisora cuando se ha dictado sentencia absolutoria, no son aplicables al supuesto que ahora centra nuestra atención.

La pretensión del Ministerio Fiscal de anular el pronunciamiento de apelación en contra del reo, haciendo revivir el pronunciamiento condenatorio, no tropieza con obstáculo alguno -cfr. SSTS 555/2014, 10 de julio y 1043/2012, 21 de noviembre- derivado de la jurisprudencia constitucional y europea, a tenor de la cual la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias exigiría la audiencia del acusado en la fase de recurso, y en su caso, la reproducción de prueba. En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena que adoptaría ex novo esta Sala Segunda por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo el Tribunal del Jurado que encontró al acusado culpable. Esa inicial apreciación jurisdiccional emanada de un Tribunal que ha oído personalmente al acusado, escuchando su versión de los hechos, atendiendo a sus explicaciones, ha sido sustituida (legítimamente en principio: no ha habido exceso en ello) por el Tribunal Superior de Justicia al conocer de la apelación. Ahora en casación no se trataría ya de verificar un nuevo juicio sobre la prueba, sino de valorar las razones dadas por el Tribunal de apelación para tachar de carentes de suficiente fuerza convictiva las apreciaciones del Jurado. El Jurado oyó al acusado. Ahora las acusaciones piden que en casación se repongan las inferencias que extrajo el Jurado a partir de los indicios por considerar que estaban suficientemente avaladas por esos hechos externos, -indicios-, que se dieron como probados. En esas condiciones no es aplicable esa doctrina jurisprudencial que invitaría a cuestionarnos si es posible el pronunciamiento reclamado por el Ministerio Fiscal, que conduce a resucitar una condena anulada, en un recurso extraordinario como la casación no compatible con la audiencia personal del acusado.

Viene bien plasmar un fragmento de una de las abundantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pone de manifiesto que ese dato no es en absoluto baladí: " el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él ( STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumania , §§ 58 y 59)". No cabría una primera condena en casación pero sí rescatar una condena anulada.

También esta Sala ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la admisibilidad de ese tipo de pronunciamientos, sin necesidad de una nueva audiencia al reo en trámite de recurso, como resultaría de una precipitada e irreflexiva aplicación de la doctrina citada. Decía la STS 1385/2011, de 22 de diciembre: " la segunda cuestión es si, en el caso del recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia, resolviendo una apelación contra la del Tribunal del Jurado, reviste alguna especialidad en cuanto a la doctrina constitucional afortunadamente consolidada en cuanto al derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho de defensa. Al respecto, atendiendo al caso que juzgamos y al recurso del Ministerio Fiscal, es claro que no se pretende de la casación que lleve a cabo una valoración de los medios de prueba personal para determinar si su resultado autoriza la inferencia que afirma los elementos del tipo de homicida. Lo cuestionado es si esa valoración, ya efectuada por quien recibió dicha prueba, es decir por el Tribunal del Jurado, ha sido o no correctamente desautorizada por la sentencia que ante nosotros se recurre y que es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia y no la de aquel Tribunal del Jurado.

Pues bien, la estimación del recurso y consiguiente casación de la sentencia de apelación, no es la resolución que, por primera vez y como fruto de la valoración de la prueba, impone la condena a los acusados que permanecían hasta ahora absueltos por razón de la apelación. La reposición a la condición de penados deriva de la inicial sentencia y de la consideración como incorrecta de su revocación en apelación. Por ello tal hipótesis cae al margen del ámbito en el que la doctrina constitucional y la del TEDH exige la directa audiencia del así penado".



Ese matiz, de tanta relevancia a los efectos de fijar los límites de revisión de esta Sala, adquiere incluso un significado especial cuando de lo que se trata -como en el caso presente- no es de restablecer la condena en la instancia a partir del análisis de la consistencia del armazón probatorio de esa condena, sino de verificar un juicio de subsunción que concluya que los hechos declarados probados por el órgano jurisdiccional ante el que se practicó la prueba, tienen relevancia típica.

3.- Como explica y sintetiza el Fiscal en su recurso, el Tribunal de apelación, en el FJ 9º de la sentencia recurrida, estima que aunque los hechos puedan considerarse contrarios a la ética pública, y quizás pudieran tener relevancia jurídica ajena a la penal, no pueden subsumirse en el supuesto tipificado en el art. 439 del Código Penal, por las siguientes razones: a) el principio de taxatividad, que conforme al de legalidad, impide aplicar el tipo penal a conductas análogas, incluso aunque pudieran reputarse como merecedoras de la sanción establecida en la ley, de manera que una conducta que pueda suponer una falta de ética sólo resulta relevante desde la perspectiva penal en la medida en que pueda ser subsumida en la descripción legal del tipo; b) la evolución normativa de las conductas tipificadas, desde la regulación de 1973, hasta la vigente dada por Ley Orgánica 5/2010, pone de manifiesto que debe existir un claro prevalimiento de la condición pública para obtener un interés particular; c) los elementos necesarios que definen la conducta típica no concurren en el supuesto enjuiciado, teniendo en cuenta que no está tipificada penalmente la desatención del deber de abstención si no concurre el abuso o prevalimiento para obtener un beneficio, sea de naturaleza económica o cualquier otra compensación privada. En el caso enjuiciado, la realización de un transporte del que se estima acreditado que dispone de autorización especial, y del que no se declara probado que exceda de las dimensiones y carga que exige la llevanza de escolta de agentes de la Guardia Civil de Tráfico, previo pago de las tasas que procedan, y aunque la supervisión de un transporte por los agentes de la Guardia Civil no se limita a esa autorización especial, sino que abarca a todos aquellos documentos y requisitos que deben reunir conductor y vehículo, no permite concluir que la conducta del acusado ordenando a la patrulla que dejaran transitar el vehículo, asegurando que tenía todos los papeles en regla, sea una de las comprendidas en la gestión interesada que describe el tipo, respondiendo más bien a un trato de favor que queda extramuros del tipo penal.

Tiene razón el Fiscal.

El art. 439 del CP, en la redacción vigente en la fecha de los hechos, dada por la LO 1/2015, 30 de marzo, castiga con las penas de prisión de 6 meses a 2 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de 2 a 7 años a "la autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directo o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones".

4.- El delito previsto en el art. 439 del CP no es de fácil interpretación. En la determinación de su alcance confluyen principios que están en la base misma de la aplicación del derecho punitivo y que otorgan legitimidad democrática a la sanción penal. Hablamos del derecho penal como ultima ratio y del principio de intervención mínima, que aconsejan reservar las penas aflictivas para aquellas conductas singularmente desvaloradas por la sociedad. Las consecuencias que se derivan de este punto de partida son obvias: no toda infracción administrativa, no toda contravención de las normas que definen el régimen disciplinario del funcionario, pueden traducirse en una sanción penal. El esfuerzo interpretativo de esta Sala no se ve precisamente aliviado cuando el mandato imperativo insito en la norma penal se construye con un agobiante casuismo que, por querer abarcarlo todo, entorpece la definición de los límites del tipo. Y ya no se trata solo de las dificultades asociadas a la necesidad de deslindar la infracción administrativa frente a la sanción penal, sino de los problemas de concurso normativo que de hecho se suscitan con otros preceptos penales que, en una primera lectura, abarcan similar porción de injusto (cfr. art. 428 CP).

En la definición de su bien jurídico, como tantas otras veces, la referencia taxonómica del epígrafe que da vida al capítulo IX del título XIX ( De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función) no es, desde luego, definitiva. Pero sí ofrece algunas de las claves para su exégesis. El bien jurídico protegido puede entenderse como un conglomerado de valores -la integridad, la rectitud, la imparcialidad en la actuación del funcionario- reconducibles a la objetividad con que la administración pública debe servir a los intereses generales.

No podemos aferrarnos a una interpretación microliteral del art. 439, que lleve a la conclusión de que la realización de actividades prohibidas por un funcionario o la ejecución por su parte de actos abusivos, siempre y en todo caso, tienen alcance penal. En la STS 636/2012, 13 de julio -con cita del ATS 2 junio 2008, referido a un



delito de negociaciones prohibidas, en su modalidad de asesoramiento-, decíamos que "... no todo consejo emanado de una autoridad o funcionario público puede reputarse delictivo. Sólo 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".

En la reciente STS 111/2017, 22 de febrero, recordábamos que: "el art. 439 del Código penal sanciona las conductas de los funcionarios públicos que infringen el deber para con la función pública utilizando esa función para obtener unos fines distintos a los que informa la actuación de la administración, incumpliendo el deber de abstención que pesa sobre el funcionario cuando se producen la colisión de deberes. A su través se trata de obtener un fruto, directo o indirecto, de un beneficio económico, o de otro tipo ( STS 965/98, de 17 de julio) el delito se vertebraba sobre el deber de abstención del funcionario quien ostenta un interés en la causa sustrayéndose al deber de imparcialidad que debe guiar su conducta ( TS 696/2013 de 26 de septiembre).

El bien jurídico radica en la protección del deber de probidad y de imparcialidad de la función pública, así como el patrimonio público, que se ven afectados cuando el funcionario público se incumple ilícitamente su obligación, es pues de un interés propio que lesiona el deber de imparcialidad, sirviendo con objetividad intereses generales, y el particular derivado del particular interés que persigue por sus relaciones con el objeto de su actuación".

En la STS 60/2017, 7 de febrero, señalábamos que "para apreciar la concurrencia de este delito es necesario el despliegue de una conducta nuclear integrada por: a) forzar, como equivalente a presionar o influir intensa y vigorosamente; b) facilitarse, cómo hacer posible o proporcionarse la participación en el contrato, asunto, operación o actividad de que se trate". Añadíamos en esta misma sentencia que el "delito de gestión interesada" está integrado por los siguientes requisitos: a) el sujeto activo ha de ser una autoridad o funcionario que interviene por razón de su cargo en un contrato u operación; b) que el sujeto abusando o aprovechándose de las funciones públicas que ejerce, tome interés en dicho contrato, que casualmente tendrá naturaleza económica (aunque puede referirse a cualquier otra compensación privada), y en el cual se inmiscuye él para obtener un beneficio; c) que el dolo consista en la voluntad concreta de asumir a la vez su intervención como cargo público y como interesado en la operación, no siendo necesario que haya engaño o lucro, por tratarse de un delito de mera actividad".

Y en la STS 613/2016, 8 de julio, puntualizábamos que: "el delito del art. 439, (...) no es una norma penal en blanco; no es un precepto vicario de una regulación administrativa. No exige identificar previamente una norma administrativa que imponga de forma precisa el deber de abstención. El núcleo del precepto está en el verbo aprovecharse. Habrá actuación reprobable penalmente si el funcionario se aprovecha de su condición para beneficiar a una empresa en la que tiene intereses directos o indirectos actuando deliberadamente con la voluntad de poner la función al servicio de esos intereses personales. Por eso puede existir infracción del deber de abstención, incluso palmaria, sin que exista delito del art. 439 CP cuando se constate que no ha existido ese aprovechamiento; y, de modo inverso, puede surgir el delito en situaciones en que podría discutirse si las relaciones del funcionario encajaban o no estrictamente en algunas de las causas de abstención, pero en las que ha concurrido ese aprovechamiento del cargo".

A partir de esta configuración, existen numerosos precedentes de esta Sala en los que hemos tratado de deslindar lo que, en una primera aproximación, no se ofrece con la suficiente nitidez. En nuestra STS 636/2012, 13 de julio -con cita del ATS 2 junio 2008-, recaída en la causa especial 3/ 20267/2008- advertíamos de la necesidad de un examen particularizado de esos precedentes. Hemos considerado autor del tipo previsto en el art. 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 hemos 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 art. 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".

Es, por tanto, desde esta perspectiva como debemos concluir la subsunción de los hechos declarados probados en el delito previsto en el art. 439 del CP.

5.- La LO 12/2017, 22 de octubre, sobre el Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, considera falta muy grave " desarrollar cualquier actividad que vulnere las normas sobre incompatibilidades" (art. 7.18 ).

Como hemos apuntado supra, no se trata de elevar a la categoría de delito toda infracción del régimen de incompatibilidades por agentes de la Guardia Civil. Ello supondría una inadmisibles confusión de las bases axiológicas sobre las que se asienta la norma penal. Muchas de esas infracciones encuentran el adecuado lugar de tratamiento en el régimen disciplinario. Una aproximación referencial a la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo refuerza esta idea. Son numerosos los precedentes que tienen su origen en el ejercicio de actividades denunciadas como incompatibles y que, sin embargo, no desbordaron el marco del derecho administrativo sancionador. Es el caso, por ejemplo, del desarrollo por un agente de la Guardia Civil de una actividad como gerente de dos establecimientos de copas ( STS 143/2019, 18 de diciembre); como adiestrador canino y director del Centro de Adiestramiento de Málaga ( STS 117/2019, 16 de octubre); camarero y gerente de un bar durante la temporada de verano ( STS 104/2018, 4 de diciembre); transportista de personas desde el puesto de Ibiza a localidades de la isla ( STS 111/2017, 14 de noviembre); árbitro de fútbol de la federación de Madrid sin haber solicitado autorización ( STS 79/2017, 24 de julio); o encargado y trabajador de dos negocios de hostelería ( STS 79/2017, 24 de julio).

Estos son sólo algunos de los numerosos supuestos en los que el ordenamiento jurídico reacciona imponiendo una sanción disciplinaria por el ejercicio de una actividad incompatible con el estatuto funcional de la Guardia Civil. Pero ninguno de estos casos puede asimilarse con el que ahora es objeto de enjuiciamiento. El casuismo que hemos reflejado, con cita de las sentencias de la jurisdicción revisora del régimen disciplinario de la Guardia Civil, tiene como denominador común el referirse a supuestos de mera superposición funcional que, por el solo hecho de producirse, debilitan el estatuto y la exclusividad de la dedicación que imponen el trabajo cotidiano y la condición de agente de la Guardia Civil.

La conducta del agente Felicísimo que la Audiencia Provincial da por acreditada, representa algo más que una mera coexistencia de funciones susceptibles de obtener la declaración de compatibilidad. En efecto, el hecho probado que ha determinado el juicio de subsunción, referido a lo acontecido el día 5 de mayo de 2014 -único que el Tribunal Superior de Justicia ha declarado probado-, describe una conducta que rebasa los límites que son propios de una infracción formal de las normas sobre compatibilidad. Ahí se indica que D. Felicísimo "... agente de la Guardia Civil , integrado en la Agrupación de Tráfico de Cantabria (...) era responsable del Centro Operativo de Tráfico (COTA), encargado de dirigir las patrullas de tráfico en servicio y disponer de las mismas atendiendo a las necesidades de la seguridad vial. El Sr. Felicísimo está casado con Dª Francisca, titular de la empresa "Marta Herrera Entrecanales (MHE) dedicada al transporte ". Añade el juicio histórico que "...el día 5 de mayo de 2014, encontrándose solo y de servicio nocturno el Sr. Felicísimo en la central COTA, ordenó a una pareja de Agentes de la Guardia Civil de Tráfico, los Sres. Maximino y Plácido, desplazarse a la zona de Laredo, con la finalidad de dejar sin vigilancia la zona oriental más próxima a Santander. La razón de tal orden fue dejar expedito el paso a un camión que realizaba un transporte para "MHE" que transitaba por la S-10 en dirección a Heras, sin que se haya probado que dicho camión necesitara una autorización especial. La empresa "Transportes Cepelludo, S.A." había solicitado una autorización especial, estando entre los vehículos autorizados algunos camiones y semirremolques de titularidad de "MHE".

Así las cosas, la pareja de Agentes detectó el camión, que fue interceptado a la salida de Heras, pero el coche-piloto que acompañaba al camión se dio a la fuga, no volviéndose a ver por la zona de autos. Entonces los Agentes recibieron una llamada de teléfono del Sr. Felicísimo, en la central COTA, que les dijo que en el coche-piloto se encontraba un Comandante de la Guardia Civil y que dejaran transitar al camión, que el citado Comandante les daría las explicaciones oportunas, lo que nunca ocurrió. Los Agentes así lo hicieron y no consignaron esta circunstancia en sus papeletas de servicio, continuando el camión su marcha".

En este hecho probado se condensan todos y cada uno de los elementos que dan vida al delito previsto en el art. 439 del CP. Como hemos explicado en el FJ 4º de esta misma resolución, en este precepto se castigan, no ya las actividades prohibidas, sino el abuso en el ejercicio de su función por parte de los funcionarios públicos. En el presente caso, el Sr. Felicísimo es agente de la Guardia Civil y, como tal, llamado a dirigir durante la noche de los hechos el Centro Operativo de Transporte. En su calidad de responsable del órgano encargado de coordinar las patrullas y de disponer lo procedente para la seguridad de tráfico en Cantabria, ordenó a una pareja de agentes que dejaran de controlar y vigilar la zona oriental más próxima a Santander y se trasladaran al área de



Laredo. Ese desplazamiento no era fruto de una decisión operativa. Era el resultado de una estrategia delictiva puesta al servicio de los conductores y vehículos de la empresa de su esposa, titular del negocio de transportes " Marta Herrera Entrecanales", MHE. En el momento en el que se produce la interceptación de uno de los vehículos por la pareja de agentes a los que había ordenado desplazarse, adopta una decisión que suma a la arbitrariedad inicial que implicaba subordinar el operativo de control al interés familiar, una segunda decisión con clara incidencia en la seguridad del tráfico: ordena a los agentes de servicio que dejen marchar el camión interceptado sin consignar nada de lo acontecido en sus papeletas de servicio. Para despejar las dudas acerca de lo insólito de esa decisión, el acusado Sr. Felicísimo indica a los agentes que en el coche-piloto que emprendió la fuga viaja el comandante de la Guardia Civil que, en su momento, les daría las oportunas explicaciones, hecho que nunca se produjo.

En suma, la conducta del acusado fue una conducta impropia de un agente de la Guardia Civil, incompatible con el deber de objetividad que le impone su estatuto profesional. Desarrolló así una actividad prohibida, en la medida en que subordinó las decisiones que debían inspirar una verdadera política de seguridad vial al interés de su esposa y de la empresa familiar que aquélla regentaba. Y lo hizo dictando una expresa orden a sus subordinados, en el ejercicio de las potestades inherentes a su función, que incluía la mención a las hipotéticas explicaciones de un superior jerárquico que nunca se produjeron.

En el espacio funcional en el que se desarrollaba la actividad de Felicísimo como agente de la Guardia Civil convergían dos intereses de imposible armonización. De una parte, lo que la sociedad espera de los encargados de asegurar el tráfico vial, que incluye entre sus objetivos que el transporte por carretera de los vehículos del gran tonelaje se desarrolle, no ya conforme a las autorizaciones legalmente previstas -dato decisivo-, sino en un marco férreo de inspección que impida la relajación de esas exigencias y la puesta en peligro de otros conductores. De otra parte, el interés personal -de más que previsible signo lucrativo- a la hora de sustraer los camiones propiedad de su esposa, titular de una empresa de transportes, a esos controles. Es difícil imaginar una colisión de intereses, una actividad prohibida y un abuso de poder tan evidentes como el que refleja el hecho probado.

**6.-** El acusado, por tanto, es autor del delito previsto en el art. 439 del CP. El marco punitivo en el que debemos movernos está constituido por una pena de entre 6 meses y 2 años de prisión, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio por tiempo de 2 a 7 años.

Descartamos la aplicación del delito continuado que fue apreciado en la instancia, al referirse el recurso del Fiscal al único hecho de los que el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dio por probado.

La Sala entiende que, desaparecida la continuidad delictiva, no existen razones para rebasar el límite inferior de la pena de prisión. El mismo criterio ha de inspirar la imposición de la pena de inhabilitación, respetando el importe de la cuota de la pena de multa que fue fijada en la instancia.

**7.-** Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales

### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación promovido por el MINISTERIO FISCAL contra la sentencia de fecha 7 de junio de 2018, dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en causa seguida, por el procedimiento del Jurado, contra el acusado Felicísimo, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra a misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 2419/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez



Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río  
TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

## **SEGUNDA SENTENCIA**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 3 de marzo de 2020.

Esta sala ha visto el Recurso de casación nº 2419/2018, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el procedimiento del Jurado núm. 32/2017, tramitado por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Santander, de fecha 7 de junio de 2018, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la ponencia del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, se hace constar lo siguiente:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.**

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.**

Por las razones expuestas en los FFJJ de nuestra sentencia precedente, resulta obligada la estimación del motivo único promovido por el Ministerio Fiscal, declarando que los hechos probados -singularmente, los contenidos en los tres primeros párrafos del factum y que acontecieron el día 5 de mayo de 2014- son constitutivos de un delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y de abuso en el ejercicio de su función, previsto y penado en el art. 439 del CP.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Se deja sin efecto el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de apelación y **CONDENAMOS** a Felicísimo a las penas de 6 meses de prisión, multa de 12 meses a razón de una cuota diaria de 6 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de 2 años.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada en la instancia en lo que no se oponga a la presente.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Antonio del Moral García D<sup>a</sup>. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet D<sup>a</sup>. Carmen Lamela Díaz

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA A LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 2419/2018 Y AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. VICENTE MAGRO SERVET.

I.

Con el máximo de los respetos a la muy razonable postura que plasma en la sentencia dictada, recojo en el presente voto las consideraciones que me llevaron en la deliberación a postular una solución diferente. Se habría concretado en la desestimación del recurso de casación.

Las discrepancias con el texto de la sentencia son nimias: afectan a no más del cinco por ciento de su contenido. Pero se focalizan en lo nuclear: no disiento de la argumentación; sí de la decisión. Suscribiría la sentencia en su integridad con la sola modificación de la parte dispositiva y de tres escuetas y lapidarias frases más asertivas que argumentativas. Ni siquiera haría falta modificar el pronunciamiento sobre costas en tanto es el Ministerio Fiscal quien recurre.

II.

Las tres aseveraciones que eliminaría son las siguientes:

a) " Tiene razón el Fiscal". Figura ese contundente enunciado a modo de anuncio tras exponerse sintéticamente y de forma precisa la argumentación que llevó a la Sala de apelación a la absolución que el Ministerio Público combate.

b) " Es, por tanto, desde esta perspectiva como debemos concluir la subsunción de los hechos declarados probados en el delito previsto en el art. 439 del CP ". Es la conclusión, apodíctica, después de una muy completa relación de la última jurisprudencia de esta Sala sobre este tipo penal y alguno otro concomitante. Se comienza con la afirmación tan obvia como suscribible de que no puede considerarse que "la realización de actividades prohibidas por un funcionario o la ejecución por su parte de actos abusivos, siempre y en todo caso tienen alcance penal", lo que paradójicamente no abona el punto de llegada conclusivo, máxime cuando del examen sosegado de cada uno de los precedentes citados no se descubre ninguno que presente un mínimo paralelismo con el que ahora es objeto de análisis (vid., en cambio, STS 300/2012, de 3 de mayo que en un supuesto con mayor identidad acaba por dar una respuesta absoluta, aunque desde otra perspectiva jurídica). Los que más se asemejan (siempre de forma remota) se refieren a un tipo penal distinto de aquél cuya aplicación se acaba proclamando como si fuese evidente, sin argumento específico alguno. No me parece tan evidente, cuando ni lo vieron (de videre, raíz compartida con evidente) así dos magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria; ni lo percibimos por más esfuerzo que hemos empeñado en ello dos de los componentes de esta Sala.

c) " En este hecho probado se condensan todos y cada uno de los elementos que dan vida al delito previsto en el art. 439 del CP ." se pregona; para rematar: " el acusado es, por tanto, autor del delito previsto en el art. 439 del CP ". En los pasajes inmediatamente anteriores se ha vuelto a recoger lo esencial del hecho probado enfatizando lo reprochable de la conducta - "impropia de un agente de la Guardia Civil, incompatible con el deber de objetividad que le impone su estatuto profesional"- . Pero no se invierte ni una sola línea en explicar por qué los hechos se acoplan al tipo del art. 439 CP, lo que exigiría un esfuerzo notable y, en mi opinión, infructuoso como demuestra el voluntarioso pero, a mi juicio, no convincente despliegue argumental que se vio obligado a efectuar el magistrado disidente del Tribunal de apelación en el voto particular que acompañaba a la sentencia.

Si se sustituyesen esas únicas tres frases por las contrarias (" No tiene razón el Fiscal" "Los hechos no son subsumibles en el art. 439 por no concurrir sus elementos típicos" "El acusado no es autor del delito del art. 439 del CP ") la sentencia no perdería ni una gota de congruencia interna. Sería, en cambio, aconsejable -que no imprescindible-, bien introducir algún párrafo para explicar por qué no es posible ese acoplamiento, bien remitirse sin más a la argumentación del Tribunal Superior. No haría falta modificar nada del resto de la elegante literatura de la sentencia que comparto plenamente. También la sugerencia expresa de que los hechos han de merecer reproche penal. Así lo entiendo igualmente. Pero existen ya en nuestro Código tipos penales que pueden manejarse y en los que probablemente pudiera encontrar cobijo adecuado la conducta que describe el hecho probado. Lo que no podemos es resucitar, aunque sea de forma clandestina y disimulada, la vieja doctrina de la pena justificada hace muchos años denostada por el Tribunal Constitucional cuando encerraba una erosión del derecho a ser informado de la acusación (la condena por un delito mal apreciado, se salva porque la pena era merecida en cuanto puede descubrirse otro delito que no fue objeto de acusación).



### III.

Se trata en este voto de desarrollar con brevedad ese párrafo que serviría para completar una precedente, a mi parecer, sentencia desestimatoria. Sería la misma con esas mínimas modificaciones (sustituir los síes apuntados por los correspondientes noes) y la adición que ahora se consigna y que podría comenzar con una remisión a la argumentación elaborada por el Tribunal Superior de Justicia:

"La Sala considera que la conducta realizada el 5 de mayo de 2014 en la que ha intervenido el Sr. Felicísimo no es típica, es decir, no reúne los requisitos exigidos en la correspondiente norma. dicho de otra manera, que el hecho antes descrito no puede subsumirse en el supuesto tipificado en el art. 439 CP, por más que esos hechos puedan considerarse contrarios a la ética pública (y quizá puedan tener alguna relevancia jurídica ajena a la penal), conclusión que se alcanza en base a las consideraciones que se exponen:

En primer lugar, el principio de taxatividad, que conforma el de legalidad, impide aplicar el tipo penal a conductas análogas, incluso aunque pudieran reputarse como merecedoras de la sanción establecida en la ley. No cabe extender analógicamente los tipos penales para sancionar conductas no previstas por el legislador en la norma penal, lo impide el principio de legalidad, informador del Derecho Penal y recogido en el art. 25 CE y en el art. 4.1 CP ( STS 17.10.2000). En definitiva, una conducta que pueda suponer una falta de ética solo resulta relevante desde la perspectiva penal en la medida que pueda ser subsumida en la descripción legal del tipo, que contiene la criminalización de aquel deber. Dicho de otra manera, la antijuridicidad estimada como penal debe quedar delimitada por la tipicidad, dejando extramuros de ella otras conductas que el Poder Legislativo no estimó - por las razones que fuesen- que debían integrar el tipo penal contenido en el art. 439 CP, y esta situación es la analizada.

(...) La regulación del art. 439 CP sanciona al funcionario público que, por razón de su cargo debe intervenir en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad y aprovecha esa situación para participar en estas, ya sea por sí mismo, ya sea a través de una persona interpuesta. En palabras de la STS de 4-11-14, bajo el bien jurídico protegido, esto es, la imparcialidad de los integrantes de la Administración Pública, y con la finalidad de no llevar a cabo lo que se han venido denominando "zonas de confluencia", sanciona, en realidad su falta de abstención por la vía penal, pues se comprende dentro de dicho precepto la conducta de aquella autoridad o funcionario que teniendo que intervenir en cualquier operación u negocio público, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones.

La conducta tipificada exige la concurrencia de los siguientes elementos: la cualidad de funcionario público del sujeto activo; su intervención por razón de su cargo en un negocio, contrato o actividad; que se aproveche de esa condición, y que realice la conducta de forzar o facilitarse cualquier forma de participación en ese negocio o actuación. A los requisitos que integra el delito llamado de "gestión interesada" regulado en el art. 439 CP se refiere la STS de 7-2-17 de la que se extraen los que se pasan a enumerar y que delimitan asimismo los supuestos tipificados:

La cualidad de funcionario público, el sujeto activo es el funcionario público que por razón de su cargo, tiene el deber de intervenir en un negocio, contrato, operación o en una actividad determinada. De esta manera, aquellos supuestos en los que el funcionario aunque tenga interés personal en el negocio no tenga ese deber de intervenir quedan extramuros del tipo penal en aplicación del principio de legalidad (SAP Sevilla Auto de 30-6-08 y SAP Madrid 16-5-06).

El sujeto activo debe aprovechar esa condición. Que el sujeto abusando o aprovechándose de las funciones públicas que ejerce, tome interés en ese concreto contrato o negocio, y en el cual se inmiscuya para obtener un beneficio (ya sea de naturaleza económica o cualquier otra compensación privada). En la conducta penalmente tipificada, es característico del comportamiento, que el sujeto se aproveche de la situación de poder en la que se encuentra, siempre que ese abuso persiga una participación en el negocio o actividad de la Administración. De manera que no está tipificado penalmente la desatención del deber de abstención si no concurre ese abuso o prevalimiento ( STS 9-12-98, 1-2-99, 3-5-99), sin perjuicio de la inclusión en ilícito administrativo, en su caso.

El sujeto activo debe forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, para "obtener un interés particular en asunto público en el que debe intervenir" ( SAP Murcia de 8-9-08 y AP Orense de 28-2-05), para obtener un beneficio, sin necesidad de que sea económico, derivado de un negocio o actuación realizado con la Administración. Se trata de una instrumentalización o abuso del cargo para obtener ventajas particulares; ya se trate de ventajas económicas o de cualquier otra naturaleza en el negocio de que se trate ( AP Madrid Auto 12-11-08 y AP Cantabria Auto 30-12-04), que señala que el supuesto típico de este delito es el cobro de comisiones ilegales). En definitiva, con la intervención del sujeto activo se



desvía el curso del procedimiento administrativo, al asumir a la vez su intervención como cargo público y como interesado en ese contrato, negocio u operación. Se trata de evitar la duplicidad de posiciones del funcionario para evitar que actúe simultáneamente como gestor de la Administración y como particular interesado en la misma operación o negocio de la Administración.

En la conducta relativa a la intervención del Sr. Felicísimo el día 5 de mayo de 2014, tal y como ha sido declarada probada por el Jurado, no permite concluir que concurran los elementos antes referidos. La realización de un transporte del que se declara probado que dispone de autorización especial, y del que no se declara probado que exceda de las dimensiones y carga que exige la llevanza de escolta de Agentes de Guardia Civil de Tráfico, previo pago de las tasas que procedan, se realiza por contratación de la empresa MHE por la empresa Alvesthe, para cumplir un encargo o negocio suscrito por esta última con la UTE que construye el Centro Botín.

La Guardia Civil de Tráfico, ajena a la realización de estos negocios, interviene por razón de las misiones que le están encomendadas (en la Ley Orgánica 2/1986 de Fueras y Cuerpos de Seguridad, en la Ley sobre el Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y en materia de transporte por la Ley 16/87 de Ordenación de los Transportes Terrestres), de ahí que la intervención del Sr. Felicísimo apelante, en la noche de 5 de mayo de 2014, prestando servicios en el centro coordinador COTA en el que debía coordinar las patrullas de la Guardia Civil de Tráfico (art. 5 de la Orden General 4, de 4 de marzo de 2014, BOE 18 de marzo), al requerir a los Agentes de la Guardia Civil que dejen transitar el camión, asegurando que tenía todos los papeles en regla, no responde a la conducta tipificada en este precepto.

Debemos tener en cuenta que la supervisión de un transporte por los Agentes de la Guardia Civil de Tráfico no se limita a esa autorización especial (que se ha declarado probado disponía), o a la comprobación de la exigencia de escolta y abono de tasas (que se ha declarado probado que no precisaba, por las dimensiones y carga, ni por tanto precisaba el abono de las tasas con carácter previo a dicha escolta), sino que abarca a todos aquellos documentos y requisitos que deben reunir, conductor y vehículo. Sin embargo ello no permite concluir que la conducta del Sr. Felicísimo sea una de las comprendidas en la gestión interesada de un negocio u operación de la Administración, aunque podamos considerar que se trataba de un trato de favor que queda extramuros del art. 439 CP.

A la conclusión anterior no es obstáculo la jurisprudencia reflejada en la sentencia recurrida, porque difícilmente puede extrapolarse al supuesto presente. Así la STS de 22 de febrero de 2017 analiza el supuesto en el que un funcionario interviene en la aprobación de una expropiación de un concreto terreno que es propiedad de una sociedad de la que forman parte sus hijos; la STS de 26 de septiembre de 2013, tipifica como prevaricación la conducta del funcionario que concede irregularmente una subvención a una empresa de la que es copropietario mediante testafierros; la STS de 17 de julio de 1998, analiza el supuesto de un arquitecto municipal que en un expediente para la obtención de licencia, instado por el mismo, informa favorablemente la obtención de una licencia que previamente había sido denegada; tampoco la STS de 8-7-16 en la que después de determinar la no exigencia de una previa infracción de norma administrativa que imponga el deber de abstención en un asunto o negocio, califica penalmente la conducta de un funcionario que emite informes para adjudicar contratos administrativos a una empresa de la que es socio ese funcionario".

Comparto esa argumentación que se cierra con la advertencia de que otros eventuales encajes penales no podrían buscarse por vedarlo el derecho a ser informado de la acusación.

IV.

Al tratar de proyectar sobre los hechos la literalidad del art. 439 CP -y lo he intentado primero con la guía del trabajado voto particular surgido en la segunda instancia; y luego sin ayuda exterior alguna, luchando sin más armas que mis conocimientos gramaticales por identificar en el hecho cada una de las exigencias del art. 439- me he estrellado una y otra vez, quizás por torpeza, quizás (espero que esta sea la razón última: me consuela pensar que al menos otros tres magistrados profesionales han desistido de ese intento) porque no es fácil hacerlo. He experimentado la misma sensación que intuyo surgiría si utilizando el pack para montar una estantería adquirido en la emblemática marca nórdica de muebles, me propusiese obtener un sofá: faltan piezas; sobran otras. O, por extremar el ejemplo, tuviese el mismo propósito valiéndome de piezas aleatoriamente combinadas y extraídas unas pocas del pack para una estantería y algunas otras tomadas del conjunto previsto para ensamblar una silla: faltan piezas, sobran piezas; y las que hay no encajan. No puede salir un sofá.

Se me antoja más que forzado el estiramiento o la deformación del significado, literal y contextual de la descripción del art. 439 CP para, sometiéndolo a tortura (en sentido metafórico) obligarle a decir lo que se quiere que diga, pero no dice ¿Es esto apego a una miope interpretación microliteral? ¿Hay que sacrificarla en aras de una exégesis más creativa que captando la idea nuclear que anima la norma -castigar los abusos- ponga en un



segundo plano vocabulario, significados y gramática? Solo con esa supeditación de la literalidad al concepto se consigue armar la tipicidad del art. 439 con el material fáctico con que contamos.

"La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones...". Ese es el tipo penal.

Tenemos un funcionario público que interviene en el ejercicio de sus funciones en una operación o actividad: la tarea de control y dirección de las patrullas de tráfico de servicio. Se aprovechó de ello para despejar de posibles obstáculos la actividad de la empresa de su mujer (pregunta marginal nada inocente: ¿también sería delito del art. 439 si la empresa -de titularidad exclusiva de la esposa- fuese de su hijo, o de un amigo, o de un conocido?). Aunque no se declara probado, la empresa afectada pudiera haber llegado a eludir alguna eventual sanción administrativa (que no penal: vid. art. 408 CP y comparar penas). ¿Es eso forzar o facilitarse una forma de participación en tales negocios o actuaciones? No creo que pueda sostenerse, ni siquiera de forma alambicada, que los hechos encajen en esa dicción literal.

¿Dónde situar la participación exigible por el tipo? Nótese que el precepto habla de tales negocios o actuaciones, es decir, los negocios o actuaciones en que interviene el funcionario. Se está pensando en contratación pública o en otro género de actividades de ese tenor ( negociaciones), con un sentido bilateral (Administración que trata con particulares). Nadie pensaría en esta norma en supuestos en que agentes de la autoridad son corrompidos para facilitar una actividad delictiva o para pasar por alto irregularidades administrativas o penales. Aunque lo hagan por una retribución prometida. Se piensa en otros tipos penales: los hay.

La solución procedente en derecho según lo veo hubiera sido desestimar el recurso y dejar abiertas las puertas a la vía disciplinaria interna, en tanto penalmente no es posible la condena dada la pretensión acusatoria ejercitada.

Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

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.