

Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla

Avda. Menéndez Pelayo 2

Tlf.: . Fax:

NIG: 4109143P20080172297

DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN A PROCURADORES

Nº Procedimiento: Apelación Autos Instrucción 5442/2011
Proc. Origen: Diligencias Previas 9420/2008
Juzgado Origen: JUZGADO DE INSTRUCCION Nº19 DE SEVILLA
Negociado: 1D
Contra: JOSE MANUEL SILVA ARDANUY
Abogado:
Procurador: MARIA ROCIO LOPEZ-FE MORENO

NOTIFICACIÓN.-

En SEVILLA, a

Yo, el /la funcionario /a del Cuerpo de Auxilio Judicial, teniendo a mi presencia al/ a la Procurador/a D./ña. MARIA ROCIO LOPEZ-FE MORENO, en representación de JOSE MANUEL SILVA ARDANUY, le notifico la resolución de fecha 07/05/2012, y por lectura íntegra y entrega de copia literal dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 248.4 de la L.O.P.J.

En prueba de darse por notificado firma conmigo. Certifico.-

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA
SECCION TERCERA

ROLLO .- 5.442/11 1D
DIL. PREVIAS.- 9420/08
JUZGADO INSTRUCCIÓN núm. 19 de Sevilla.

AUTO NUM. 283/2012

ILTMOS. SRES
D. ANGEL MARQUEZ ROMERO.
D. JOSE MANUEL HOLGADO MERINO.(Ponente).
D. LUIS GONZAGA DE ORO-PULIDO SANZ.

En la Ciudad de Sevilla, a 7 de mayo de 2012

HECHOS

PRIMERO .- Por el Juzgado de Instrucción núm. 19 de Sevilla se dictó, en el presente procedimiento, Auto de fecha 19 de noviembre de 2010 por el que se acordaba el sobreseimiento provisional y archivo de las presentes diligencias iniciadas por denuncia de Juan Ignacio Zoido Álvarez en su calidad de Portavoz y representante del Grupo de concejales del Partido Popular en el Ayuntamiento de Sevilla, contra José Manuel Silva Ardanuy, exconcejal del Ayuntamiento de Sevilla.

SEGUNDO.- Contra ésta resolución, el Procurador Sr. Tristan Jiménez en nombre de Juan Ignacio Zoido Álvarez interpuso recurso de reforma, que fue desestimado por Auto de 26 de enero de 2011. La citada representación interpuso recurso de apelación, se admitió el recurso de apelación cuyo conocimiento correspondió por reparto a

ésta Sección Tercera de la Audiencia.

TERCERO.- Se ha dado traslado al Ministerio Fiscal y a la representación procesal del denunciado, que solicitaron la desestimación del recurso.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la parte apelante se denuncia falta de motivación del Auto de 26 de enero de 2011, que conecta con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y, especialmente, por la falta de motivación de la improcedencia de las diligencias interesadas para el esclarecimiento de los hechos investigados.

Sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional resume su doctrina en la sentencia 302/2006, de 23 de octubre, señalando lo siguiente: *“...A este respecto conviene recordar, en primer lugar, los rasgos fundamentales de la doctrina consolidada de este Tribunal en relación con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 CE. Sirviéndonos a este fin de la precisa síntesis contenida en la STC 314/2005, de 12 de diciembre, F. 4, cabe subrayar que: «a) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción; b) El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (STSS 14/1991, 175/1992, 105/1997, 224/1997), sino que deben considerarse suficientemente*

motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (STC 165/1999, de 27 de septiembre), y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, y 173/2003, de 29 de septiembre); c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, F. 3; 139/2000, de 29 de mayo, F. 4)...».

En el presente caso, es claro que el Juzgado de Instrucción ha valorado el hecho sometido a su conocimiento en el Auto de 19 de noviembre de 2010(antecedente del cuestionado de 26 de enero de 2011) y, una vez advertido que no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a la formación de la causa,(ex art. 641.1 de la L.E.Crim.), ha decidido el archivo de las actuaciones con criterio que ha trasmitido a la denunciante de modo comprensible y razonado en su Auto de 19 de noviembre de 2010, que es compartido por esta Sala, como luego se señalará.

SEGUNDO.- Ciertamente es, que en fecha 23 de noviembre de 2010 (esto es, 4 días después del Auto recurrido en reforma) la parte denunciante presentó escrito solicitando en el folio 9 la practica de una serie de pruebas y esta petición, fue reiterada-consta unida al recurso de reforma-y la Juzgadora, a pesar de ello, despachó la reforma con la formula tantas veces denostada por este Tribunal de “ se dan por reproducidos los argumentos del Auto recurrido”. Esto no es admisible, porque comporta una incongruencia omisiva patente y un cierto “desaire” a las legítimas pretensiones de las partes, que debieron ser contestadas en la reforma con argumentos jurídicos y no con una frase imprecisa, genérica, ayuna del rigor exigible, que posibilite la valoración por este Tribunal, lo ajustado de su decisión.

Esta resolución de 26 de enero de 2011 merece el reproche, siquiera formal de este Tribunal y decimos formal porque, una vez analizado el contenido del Auto originario de 19 de noviembre de 2010, consideramos que las pruebas propuestas y reiteradas en

aquel escrito, en el recurso de reforma y en esta apelación no resultan trascendentes para la formar una convicción judicial distinta sobre la relevancia penal de la conducta investigada, por las razones que más adelante expondremos.

TERCERO.- Se mantiene que se ha clausurado la Instrucción sin practicar una investigación completa(se solicita se investigue por la Policía Judicial las relaciones existentes entre el Ayto. de Sevilla y la mercantil Arecons SLU durante los años 2007 y 2008, se requiera informe del director del Casco Antiguo sobre los expedientes origen de la denuncia, requerimiento a Arecon Eventos S.L. sobre contratos de la orquesta, pasacalles calles etc.. en el expediente 117/2007 y que una vez recibida la documentación se reciba declaración como imputados a David Domínguez Silva y Josefa Medrado Ortiz), para esclarecer los hechos.

Pues bien, aunque la Instructora no se haya pronunciado sobre las prueba solicitadas, consideramos que, en este caso, no se puede admitir que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, porque no se acuerde la practica de las diligencias solicitadas, tampoco ahora, cuando, como es el caso, la ausencia justificada de delito, cuya competencia corresponde dictaminarla al Juzgado Instructor, es patente. Se podrá estar en desacuerdo con el archivo, ahora bien, una decisión contraria y la ausencia de motivación sobre la petición de prueba no vulnera el principio de tutela judicial efectiva, cuando, como es el caso, en el Auto inicial se ofrecen argumentos sólidos que justifican el dictado del Auto de sobreseimiento (después de unida y valorada la documental, la testifical y las manifestaciones del denunciado, por mas esfuerzo dialéctico que se despliegue por mantener abierta la investigación, esta debe ser clausurada porque no resulta justificada perpetración de delito).

CUARTO.- En el presente caso se ha practicado prueba consistente en copia compulsada por el Ayto. de Sevilla de los expedientes cuestionados (130/07, 131/07, 176/07 y 117/07 y certificación del Decreto de Alcaldía 510 de 23 de julio de 2007), se ha escuchado en declaración a Guillermo González Fernández(Viceinterventor), se han incorporado otros documentos a petición de la denunciante y se ha escuchado al denunciado José Manuel Silva Ardanuy como

imputado y después de valoradas tales pruebas la Instructora acuerda el sobreseimiento provisional.

La investigación de los hechos denunciados corresponde al Juzgado Instructor, ahora bien, cuando después de las diligencias precisas y necesarias el Instructor determina que, a pesar de lo investigado, no resulta justificada la infracción criminal denunciada, se impone el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, como el dictado en estas actuaciones, pues no debemos olvidar, que la investigación no puede estar abierta de modo indefinido. En definitiva, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no implica el complementario de la prolongación artificial de un proceso. El Tribunal Constitucional -STC. 33/1989, de 13 de febrero, en la que se estudiaba el rechazo "a limine" de una querrela por no ser los hechos constitutivos de delito-, declaró que la posibilidad de ese rechazo está en perfecta armonía con aquel derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, otorgando especial relevancia al legítimo interés del querrellado en que no se produzca una actividad procesal más que en los casos en que la querrela tenga un mínimo fundamento legal. En consonancia con tal doctrina, en el Auto del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1998, se afirmó que "lo que si vulneraría el principio de igualdad es que en casos como el que nos ocupa, de inexistencia patente de los elementos objetivos y subjetivos de las figuras delictivas invocadas, se practicasen diligencias que lo único que permitirían es una dilación indebida en dictar una resolución de archivo que procedía desde el primer momento".

En este sentido, no asiste a la parte denunciante un derecho a agotar la instrucción, pues el derecho a la tutela judicial puede satisfacerse igualmente a través del sobreseimiento y archivo de la causa, y ello procedería cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269, 313 y 779 de la L.E.Crim, el juez considera que los hechos no son constitutivos de delito y la práctica de diligencias no harían sino prolongar innecesariamente la causa, máxime tomando en consideración el carácter fragmentario que posee el derecho penal, sujeto al principio de legalidad y tipicidad.

El principio de prohibición de exceso o de proporcionalidad constituye uno de los principios generales del Derecho Público, y en estrecha relación con el mismo se encuentra el principio de la "menor injerencia posible" o de "intervención mínima", que implican que el hecho de que

se recurra a la pena criminal tiene que tener una justificación en la necesidad de tutela; además, el Derecho Penal debe revestir un carácter fragmentario, en el sentido de que las conminaciones penales no tienen por que extenderse a todas las infracciones, la protección penal no debe referirse a todos los ataques que pueda sufrir un bien jurídico, sino solamente a las mas graves y más intolerables; y por último, el Derecho Penal tiene un carácter subsidiario, de tal modo que la reacción penal no resulta adecuada sino allí donde el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal (STS Sala 2ª de 21 junio 2006).

QUINTO.-Si se han cumplido las premisas del art. 641.1º LECrim.: *Procederá el sobreseimiento provisional cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa*"), se impone la confirmación del auto apelado.

El denunciante advierte indicios de delitos de prevaricación, malversación de caudales, trafico de influencias, fraude en la contratación administrativa y usurpación de funciones. Discrepamos de tal consideración. No podemos mantener una investigación de esta naturaleza abierta cuando no se advierte, ni siquiera indiciariamente, delito alguno. Comenzando por el delito de prevaricación, que sostiene el recurrente, según la jurisprudencia del T.S., por todas -SS 20-5-1995, 1-4-1996, 23-4-1997 y 27-1-1998- únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea "evidente, patente, flagrante y clamorosa". La STS de 5-3-2003, núm. 331/2003, recuerda que "no basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente".

En idéntica línea, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo del 2.005, expone que "según se ha hecho patente en doctrina y en la jurisprudencia de esta Sala en la materia (por todas STS 1720/2003,

23 de diciembre) de la lectura comparada de los artículos 358 Código Penal 1973 y 404 Código Penal de 1995, resulta que el elemento de "injusticia" se cifra ahora en el coeficiente de "arbitrariedad" de la decisión. Donde obrar de manera arbitraria, en un contexto público de actuación normativamente reglado, es suplantar la ratio y el fin de la norma por las propias y personales razones y finalidades. Es, pues, en la patente subversión de la ratio legis donde radica el núcleo de la antijuridicidad de la conducta. En efecto, para satisfacer tal requerimiento del tipo no basta con que ésta sea irregular y ni siquiera ilegal sin más. "Injusta" en sentido legal por "arbitraria" es un calificativo que únicamente puede darse en presencia de un modo de actuar en el que la propia voluntad de un sujeto público se convierte en impropia fuente de una norma particular.

Así las cosas, es claro que la mera contradicción de un acto administrativo con la ley a la que debiera haberse adecuado no basta para criminalizarlo, pues sólo por eso no tendría por qué ser injusto, en el sentido legal de arbitrario".

Y con más precisión aún, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 junio 2003, dice que "la arbitrariedad de la resolución -injusticia, se decía en el Código derogado (artículo 358)- ha de ser interpretada de forma restrictiva, como consecuencia del principio de intervención mínima, inherente al Estado de Derecho (v. artículo 1 de la Constitución), que sin duda ha sido una apuesta clara del legislador de 1995, así como del carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal. Por ello, los Tribunales han de actuar con la mayor cautela frente a lo que algún autor ha denominado "el fenómeno de la judicialización de la vida pública" que, según el mismo, implica graves consecuencias para el sistema jurídico. No en vano, el respeto del principio de legalidad, que debe regir toda la acción administrativa, se garantiza principalmente a través de otras ramas del ordenamiento jurídico distintas de la penal, especialmente la administrativa, por cuanto la penal debe reservarse únicamente para los ataques más graves contra la función pública. En cualquier caso -hemos de destacarlo también-, la anterior doctrina no implica que el ciudadano quede inerte frente a la posible lesión de sus derechos e intereses legítimos por las decisiones de los órganos administrativos, dado que -como igualmente hemos dicho- puede acudir a otras vías legales. Siempre tendrá abierta la vía administrativa, en el doble aspecto de poder ejercitar los recursos legalmente admisibles contra las

correspondientes decisiones de la Administración y de poder solicitar la imposición a las autoridades y funcionarios las sanciones administrativas que igualmente fueren procedentes conforme al ordenamiento jurídico, pues la potestad punitiva del Estado se manifiesta tanto en el campo del Derecho penal como en el del Derecho administrativo sancionador -por ser manifestación, ambos, del "ius puniendi"-, con la posibilidad, finalmente, de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa".

En el presente caso se cuestiona la legalidad de varios expedientes iniciados y resueltos por los que se produjo la adjudicación de diversos eventos a la empresa Arecon Servicios SLU de la que es titular y administrador David Domínguez Silva que es familiar del denunciado José Manuel Silva Ardanuy, exconcejal del Ayuntamiento de Sevilla.

En los expedientes 130/07 y 131/07 al igual que los rotulados con los números 176/07 y 117/07, por los órganos técnicos del Ayuntamiento se realizan una serie de observaciones por parte del Director del Distrito (dos primeros) y el Viceinterventor (en los tres primeros), que pueden cuestionar, en principio, la legalidad de los expedientes. No obstante, el Viceinterventor a quien corresponde el control y fiscalización de todas las actividades de las corporaciones locales (ingresos y gastos) por delegación del Interventor General, en su declaración del folio 217, nos informa que las deficiencias advertidas en los expedientes 130/07, 131/07 y 176/07, son subsanables a posteriori y así se hizo. Añade que no está diciendo que se hayan financiado irregularmente actividad privada con dinero público. En estos tres contratos, al ser contratos menores, no se exigían ofertas sino solo la aportación de facturas que acreditasen el precio adecuado de mercado y concluye que el declarante considera que la entidad Arecon siguió los procedimientos legales.

Todo indica que lo realmente cuestionado en estos expedientes 130/07, 131/07 y 176/07 es si a este tipo de contrato debe aplicarse la Ley General de Subvenciones (tesis del Viceinterventor) o la Ley de Contratos de la Administración Pública (Tesis del imputado). Pues bien, en este aspecto, la elección de uno u otro tipo de contrato o sistema de contratación no puede comportar un delito de

prevaricación en el supuesto de que el utilizado no sea el correcto, dado que, esta es una cuestión discutible y dificultosa, en palabras del Viceinterventor, en la que ni siquiera los técnicos se ponen de acuerdo porque lo afirmado por el Viceinterventor (folio 217) es cuestionado por la jefa de Sección del Distrito Casco Antiguo (folio 159)

Cualquier otra irregularidad que pudiera advertirse (identificación de los criterios para valorar cada contrato individualmente), por su propia naturaleza, (deficiencia en la tramitación de expediente administrativo) deberá quedar relegada al ámbito que le es propio, esto es, el Juzgado Contencioso.

Tampoco advertimos indicios de delitos de malversación de caudales ni fraude en la contratación. No puede afirmarse, por ausencia de prueba que los fondos de que se dispuso, se aplicasen a un uso distinto del previsto y ajeno a la función pública. En el tipo del art. 433 el funcionario se apropia de caudales públicos para destinarlos a usos ajenos a la función pública aunque con ánimo de devolverlos. En este caso la tipificación quiebra por cuanto el destino dado a los fondos públicos no es ajeno a la función pública. No consta que se haya utilizado concierto ni artificio para defraudar al ente publico ex art. 436 del C.P.

La manifestación del Viceinterventor en este aspecto es rotunda "no esta diciendo que hayan financiado irregularmente actividades privadas con dinero público" no cree que se haya utilizado la Ley de Contratos de la Administración Pública en fraude de Ley. No consta, por último, que el imputado aplicase fondos públicos a otro distrito del previsto y ajeno a la función pública.

Ciertamente, es cuestionable que las actividades relacionadas y el método empleado en los expedientes sean subvencionadas, incluso, que esas actividades sean adjudicadas a una empresa que dirige un pariente de quien, en última instancia, autoriza el gasto de dinero público, ahora bien, estas son cuestiones extrapenales, cuyo control, en el primer supuesto, corresponde a los Tribunales Contenciosos y en segundo, queda reservado al ámbito de lo que comúnmente se denomina "higiene en la actividad política".

Tampoco consta concierto malicioso para defraudar al Ayuntamiento entre el imputado y su pariente.

Desde luego, no es ejemplarizante para el ciudadano que un responsable político contrate con un familiar la actividad cuyo gasto público depende de su autorización. Ahora bien, el reproche que puede llegar a hacerse, cumplido el trámite legal en su caso tampoco recurrido en vía contenciosa, conecta más si cabe, con el componente ético de ambos, terreno vedado a la aplicación de la Ley penal.

Tampoco advertimos la existencia, siquiera indiciaria, del delito de usurpación de funciones. Este viene contemplado en el art. 402 del C. Penal y la conducta descrita descansa en tres componentes: El ejercicio del acto propio de una autoridad o funcionario público, la falta de legitimación, y la atribución de carácter oficial, siendo este último elemento el que presta el carácter genuinamente propio de una falsedad personal. Para examinar la jurisprudencia existente al respecto, es buen ejemplo las STS de 24-6-1998: "...La doctrina de esta Sala ha venido señalando los requisitos precisos para la existencia del delito de usurpación de funciones que recogía el primer párrafo del artículo 320 del anterior Código Penal y ahora se encuentra en el 402 del nuevo Código. Esos requisitos tienen un doble carácter: objetivo: el ejercicio de actos propios de una autoridad o funcionario público ya sean los atribuidos por una disposición legal o reglamentaria, o aquellos que estén en el contexto de las atribuciones cuyo carácter oficial se atribuye el sujeto activo del delito, y subjetivo: la asunción por el agente de esa función pública ya sea manifestándolo oralmente o dándolo a conocer por actos con capacidad bastante para engañar a una persona o a una colectividad, con conocimiento por el agente de la antijuridicidad de su conducta y voluntad de realizar su irregular actuación, todo ello en el marco de un característico delito de simple actividad que con ella sola se lesionan intereses sociales colectivos y que por ello no precisa para consumarse de otros resultados lesivos (sentencias de 29 de octubre de 1992, 20 de julio de 1993, 20 de julio de 1994, 13 febrero y 24 octubre 1996)....".

No podemos tildar de usurpación de funciones la alegada falta de competencia por parte del imputado en lo que respecta al Expediente 117/07 por cuanto consta acreditado que conforme a la Resolución de la Junta de Gobierno de la ciudad de Sevilla de 26 de junio de 2007, del día 16 al 31 de agosto de 2007 el imputado José Manuel Silva era el sustituto de Josefa Medrano Ortiz.

Por último, no advertimos indicio alguno de tráfico de influencias. El artículo 428 del Código Penal es del siguiente tenor literal: "El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión....".

El núcleo fundamental del delito reside en la conducta de influir sobre un funcionario o autoridad para conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico al sujeto activo del delito o a un tercero. Como ha dicho nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de junio de 1994: "El tipo objetivo en aquel, consiste en influir, esto es, el verbo rector único del delito de tráfico de influencias es precisamente, como queda dicho, influir, es decir, la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina científica ha llamado ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio del cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión" (vid. STS 1493/1999 de 21 de diciembre -).

Como puede observarse en el tipo legal, no basta con la mera influencia; es preciso prevalerse de algunas situaciones sobre la finalidad de influir en el funcionario que ha de tomar la decisión. El prevalimiento es, pues, el segundo de los elementos esenciales del delito. Prevalimiento en una de las tres modalidades que el Código contempla: bien por el ejercicio de las facultades del cargo; bien por una situación derivada de una relación personal (de amistad, de parentesco, de afinidad política, amorosa, etc.), que puede mover el ánimo del funcionario afectado, por humana presión; bien por una situación derivada de relación jerárquica, con mayor carga coactiva todavía que la primera. Las acciones típicas deben ir dirigidas -teleológicamente orientadas- a conseguir una resolución beneficiosa.

La resolución beneficiosa aparece ahora como el ánimo tendencial no como resultado tipificado. La norma no requiere ni la emisión de la resolución ni la efectiva obtención del resultado económico. Deberá no obstante probarse que la influencia iba encaminada a la obtención de ambos, porque este ánimo tendencial constituye el elemento subjetivo del injusto. Dicha resolución, además, debe suponer -directa o indirectamente- un beneficio económico, bien sea para el sujeto activo del delito, bien para un tercero. Señala la STS de 29 de enero de 1997 que, "El CP circunscribe, pues, la influencia a la obtención final de un beneficio económico, lo cual ha de ser interpretado en un sentido amplio comprendiendo tanto el beneficio directo como el indirecto, tanto el beneficio en el sentido de ganancia como en el sentido de ausencia de pérdidas".

Nos encontramos ante un delito doloso, no solamente porque el legislador no ha tipificado expresamente la conducta culposa, sino porque la misma estructura del delito -influir prevaliéndose- así lo reclama (STS. de 5 de abril de 2002 -). Señala también la STS 480/2004 de 7 de abril lo siguiente: " La Jurisprudencia de esta Sala ha declarado que entre los requisitos del tráfico de influencias, además de la condición de funcionario público del autor y del destinatario de la influencia, y de la finalidad de obtención de un beneficio económico, propio o de tercero, ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto pasivo de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida. Debiéndose añadir que el hecho ha de afectar al principio de imparcialidad de la administración pública. El acto de influir no puede ser equiparado a una alteración del proceso de resolución y sí a la utilización de procedimientos capaces de conseguir que otro realice la voluntad de quien influye".

En el presente caso, no consta que el denunciado haya ejercido predominio sobre otros funcionarios para conseguir una resolución que le beneficie a él o a su pariente, dado que, en el supuesto del expediente 117/07 el denunciado solo interviene en la firma de la adjudicación, no en el proceso de oferta y selección y en el resto de los expedientes al tratarse de contratos menores no precisaban concurso público y el proceso de elección del adjudicatario dependía del Secretario del Distrito y no del denunciado.

Por lo expuesto, se impone la desestimación del recurso de apelación, porque, a pesar de los reproches efectuados al Auto de 26 de Enero de 2011, es lo cierto que el Auto originario de 19 de noviembre de 2011 esta suficientemente motivado y por las razones expuestas en esta resolución y no considerando necesaria la practica de nuevas diligencias convenimos con la Instructora en que procede el sobreseimiento provisional porque no resulta debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa.

SEXTO.- Las costas de esta alzada se declaran de oficio.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Que debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Tristan Jiménez en nombre de Juan Ignacio Zoido Álvarez contra el Auto de 26 de enero de 2011, confirmándose en su integridad el Auto recurrido y el de 19 de noviembre de 2011, que trae causa de aquél.

Devuélvase al Instructor las diligencias junto con testimonio de la resolución dictada para su ejecución y cumplimiento.

Notifíquese el presente a todas las partes, haciéndoles saber que la misma es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los lltmos. Sres. del margen, de que certifico.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.