T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia Nº: 696/2013

Fecha Sentencia: 26/09/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: *Francisco Monterde Ferrer*

Segunda Sentencia

RECURSO CASACION Nº:1921/2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 19/09/2013

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE PALMA DE MALLORCA (Sección 2ª)

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: OVR

NEGOCIACIONES PROHIBIDAS A LOS FUNCIONARIOS. EXIGENCIA DE TENER "DEBER DE INFORMAR". MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS. FRAUDE A LA ADMON.

FALSEDAD EN DOCUMENTO MERCANTIL. PREVARICACION. CONCURSO. DELITOS CONTINUADOS.

Presidenta y Vicepresidente de Consell de Mallorca. Directora Insular de Comunicación del Consell de Mallorca. Director de emisora radio.

Subvención a emisora de radio propiedad de los altos cargos.

Tutela judicial efectiva. Derecho de defensa. Presunción de inocencia. Derecho a un proceso con todas las garantías. Principio acusatorio. Doctrina de la Sala y aceptación de su conculcamiento con relación a uno de los acusados.

Infracción de Ley. Quebrantamiento de forma.

Nº: **1921/2012**

Ponente Excmo. Sr. D.: **Francisco Monterde Ferrer**

Vista: **19/09/2013**

Secretaría de Sala: **Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 696/2013

Excmos. Sres.:

D. Carlos Granados Pérez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Manuel Marchena Gómez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída 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 veintiséis de Septiembre de dos mil trece.

En el recurso de casación que ante Nos pende con el nº 1921/2012, interpuesto por las representaciones de DÑA. MARIA ANTONIA MUNAR RIUTORT, D. MIGUEL NADAL BUADES, DÑA. MARGARITA SOTOMAYOR VICENS Y D. ALFREDO CONDE BONNIN, contra la Sentencia dictada el **16 de julio 2012**, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, correspondiente Rollo de Sala 92/11, dimanante del PA. 4090/10 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Palma de Mallorca, que condenó a la primera acusada como autora responsable de un delito Negociaciones prohibidas a los Funcionarios; como autora de un delito de Malversación de Caudales Públicos, en concurso medial con un delito de Prevaricación, en concepto de autora, de Fraude a la Admón., como inductora, y de Falsedad en Documento Oficial como cooperadora necesaria; al segundo como autor responsable de un delito de Negociaciones Prohibidas a los Funcionarios; como autor de un delito de Malversación de Caudales Públicos, en concurso medial con un delito de Prevaricación continuada, en concepto de coautor sucesivo, de Fraude a la Admón., como inductor, y de Falsedad en Documento Oficial, como cooperador necesario; a la tercera, como cooperadora necesaria de un delito de Malversación de Caudales Públicos, en concurso medial con un delito de Prevaricación continuada, en concepto de cooperadora necesaria, de Fraude a la Admón., como autora, y de Falsedad en Documento Oficial, como autora; y al cuarto como inductor de un delito de Malversación de Caudales Públicos, en concurso medial con un delito de Prevaricación continuada, en concepto de autor, de Fraude a la Admón.,como autor, y de Falsedad continuada en Documento Mercantil como autor.

Habiendo sido parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal, la Acusación Particular Consell Insular de Mallorca representada por el Procurador D. Alejandro González Salinas, han dictado sentencia los Excmos. Sres. mencionados al margen, bajo ponencia de D. Francisco Monterde Ferrer que expresa el parecer de la Sala con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Palma de Mallorca, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 4090/2010, en cuya causa la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Mallorca, tras

celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 16 de julio de 2012, que contenía el siguiente **Fallo:** *"Que debemos condenar y condenamos a la acusada Dª. MARIA ANTONIA MUNAR RIUTORT:*

-por el delito de negociaciones prohibidas a funcionarios, en concepto de autora, a la pena de multa por tiempo de 18 meses a razón de 100 euros de cuota de multa diaria y la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos años y seis meses.

-por el delito de malversación continuada -como autora- en concurso medial con los delitos continuados de prevaricación -en concepto de autora-, de fraude a la administración -como inductora- y de falsedad en documento oficial -como cooperadora necesaria-, a la pena de prisión de cinco años y seis meses y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años y seis meses. Todo ello con declaración de imposición de una octava parte de las costas procesales causadas.

Que debemos condenar y condenamos al acusado D. MIGUEL NADAL BUADES:

-por el delito de negociaciones prohibidas, como responsable en concepto de autor, con la concurrencia de la atenuante analógica muy cualificada de confesión, a la pena de 12 meses de multa a razón de 100 euros de cuota diaria de multa, así como, a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público por tiempo de un año.

-por el delito continuado de malversación de caudales públicos, en concurso medial con el delito de prevaricación continuada -en concepto de coautor sucesivo-, del delito de fraude a la Administración -en concepto de inductor- y del delito continuado de falsedad en documento oficial -en concepto de cooperador necesario- con la concurrencia de la atenuante analógica muy cualificada de confesión, a la pena de dos años, siete meses y quince días de prisión y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de cuatro años y seis meses. Se imponen, igualmente, una octava parte de las costas procesales causadas.

Que debemos condenar y condenamos a la acusada Dª. MARGARITA SOTOMAYOR VICENS por el delito de malversación continuada -en concepto de cooperadora

necesaria- en concurso medial con falsedad en documento oficial -en concepto de autora-, fraude a la administración con carácter continuado -en concepto de autora- y prevaricación continuada -en concepto de cooperadora necesaria-, todos en continuidad, a la pena de cinco años de prisión y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años; con imposición de una octava parte de las costas procesales causadas.

Que debemos condenar y condenamos a los acusados D. MIGUEL OLIVER REUS, D. RAMÓN CRISTOBAL RULLÁN CASTAÑER y Dª. LUISA ALMIÑANA ARAMBURU, por el delito de negociaciones prohibidas en concepto de cooperadores necesarios e inductor -el Sr.Oliver-, teniendo en cuenta la condición de "extraneus" y la concurrencia de la atenuante analógica muy cualificada de colaboración, y la simple de reparación del daño, a cada uno de ellos, a la pena de cuatro meses y quince días de multa a razón de 8 euros de cuota diaria e inhabilitación especial para el ejercicio de empleo o cargo público por tiempo de cuatro meses y quince días.

Por el delito continuado de malversación, en concepto de cooperadores necesarios, en concurso medial con el delito de prevaricación continuada, fraude a la administración continuada, en ambos en concepto de cooperadores necesarios, y falsedad documental continuada en concepto de autores, a cada uno de ellos, a la pena de un año y tres meses de prisión y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de dos años. Estos tres acusados deberán responder, cada uno, de una octava parte de las costas procesales causadas.

Que debemos condenar y condenamos al acusado D. ALFREDO CONDE BONNIN por el delito continuado de malversación de caudales públicos, en concepto de inductor, en concurso medial con falsedad continuada en documento mercantil, en concepto de autor, prevaricación continuada y fraude continuado a la administración, ambos en concepto de autor, con la concurrencia de la circunstancia atenuante del art.65.3 CP, a la pena de tres años de prisión y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis años. Imposición de una octava parte de las costas procesales.

En concepto de responsabilidad civil, los anteriormente condenados responderán, conjunta y solidariamente, de la indemnización a favor del Consell Insular de Mallorca por valor

de 240.000 euros (cuantía de la que se deberá deducir los 120.000 euros que los acusados Sr.Oliver, Sr. Rullán y Sra. Almiñana consignaron judicialmente antes del inicio del juicio oral).

Que debemos absolver y absolvemos a Dª. ELISABET DIEGUEZ ANDRES, a D. MIGUEL SARD VICENS y a D. VÍCTOR FRANCISCO GARCÍA GONZÁLEZ."

2.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**: *"PRIMERO.- I/.- Aproximadamente a mediados del año 2004, D. Miguel Nadal Buades, sin antecedentes penales -Vicepresidente del Consell Insular de Mallorca-, y Dña. María Antonia Munar Riutort, sin antecedentes penales -Presidenta del Consell Insular de Mallorca-, conociendo que ese año el Govern iba a sacar a concurso licencias de televisión local digital, decidieron adquirir conjuntamente participaciones de la mercantil Video U (cuyo objeto social era la ejecución de trabajos audiovisuales) en proporción suficiente para asegurarse, prácticamente, el control de la misma y, consecuentemente, poseer un medio de comunicación y difusión de los intereses del partido político que, a su vez, era presidido por la indicada acusada y del que el Sr. Nadal era responsable destacado.*

II/.- El origen de esta idea no fue puramente casual; su concepción se produjo tras la participación del acusado Sr.Nadal en dos reuniones con diferentes personas. Así, a finales del año 2003 o principios del año 2004 la acusada Dña.Margarita Sotomayor Vicens, sin antecedentes penales, Directora Insular de Comunicación del Consell Insular de Mallorca, convocó, a una comida en el restaurante "El Parlament", al acusado D.Miguel Oliver Reus, sin antecedentes penales, al acusado D.Miguel Nadal; en dicha reunión informal el Sr.Oliver, además de manifestar su preocupación por un sufrido "veto" para la contratación administrativa -que al parecer le había impuesto el gobierno insular dirigido por el partido popular- a sus empresas audiovisuales, se refirió a la posibilidad de que durante el año 2004 se sacaran a concurso licencias para emisión digital de canales de televisión local.

Aproximadamente un mes después, durante la primera semana de febrero de 2004, es convocada una comida en el restaurante "La Cuchara" por el Letrado en ejercicio Sr.Gené -pero a instancia del Sr.Oliver, que era su cliente-, al que acudieron

además de ellos dos, el Sr.Nadal y el Sr.Font (compañero de despacho de D. Emili Gené y que al conocer al Sr. Nadal había facilitado la reunión). En el indicado almuerzo el Sr.Oliver volvió a recordar el referido "veto" del partido popular -en el gobierno insular en aquellas fechas- hacia sus empresas, y la necesidad de conocer si el Consell Insular presentaba los mismos prejuicios. El Sr.Oliver comentó la posibilidad de vender el 50% del accionariado de la mercantil Video U, participada por él mismo y por sus socios -y acusados- D.Ramón Cristóbal Rullán Castañer y Dña.Luisa Albiñana Aramburu, ambos sin antecedentes penales.

III/.- El acusado Sr. Nadal, que previamente a su asistencia en ambos almuerzos, había dado cuenta de los hechos a la acusada Sra.Munar, comentó con ésta, también, el resultado de esos encuentros.

Finalmente, ambos acusados, Munar y Nadal, decidieron comprar las participaciones sociales de Video U ofrecidas por el Sr.Oliver; ahora bien, para ello buscaron el concurso de personas próximas a ellos para ocultar su intervención en la mercantil, en tanto eran conocedores de que, con el porcentaje que pretendían adquirir de Video U incurrirían en incompatibilidad con el cargo que ostentaban y que, legalmente, les estaba proscrito. Miguel Nadal solicitó los servicios de su gran amigo, el gestor Miguel Sard Vicens y, por su parte, María Antonia Munar, directamente o a través del Sr.Nadal, le pidió "el favor" a Víctor Francisco García González -quien estaba casado con Coloma Munar Vallespir, prima política de la acusada Sra.Munar con quien mantenía relación de confianza, militancia en el partido Unión Mallorquina y que trabajaba, también, en el Consell Insular, en el departamento de presidencia-.

IV/.- El 22 de noviembre de 2004 se formalizó la escritura pública de compraventa de participaciones sociales de Video U. Así, Miguel Nadal a través de Miguel Sard, como persona interpuesta y quien, a su vez, realizó la compra a través de persona jurídica interpuesta, como era la sociedad Los Rincones de la Vega de Sotomayor (de la que el Sr.Sard participaba en un 52,52%), adquirió el 25,23% de la mercantil Video U; y por su parte, María Antonia Munar, a través de Víctor García, adquirió el 24,77%. El precio de venta del 50% de las participaciones sociales de Video U fue valorado en 300.000 euros, cantidad que si bien ante el Notario formalizante

de la escritura fue entregada a través de pagarés, una vez finalizado el acto el vendedor los devolvió a sus titulares, y éstos le entregaron la cuantía económica del precio en metálico.

Los 300.000 euros en metálico habían sido entregados por María Antonia Munar a Miguel Nadal el día anterior, en un sobre y, al parecer provenía de fondos de origen desconocido del partido Unión Mallorquina. El mismo día de la compra de las participaciones el Sr.Nadal entregó la cuantía a Miguel Sard y a Víctor García.

En el mismo acto notarial se procedió a la venta de otro 10% de las acciones de Video U al Sr.Gené y al Sr.Font. Por dichas participaciones no se entregó dinero alguno.

V/.- Tras esta operación de compraventa el Sr.Oliver dejó de ostentar participación social alguna en la mercantil Video U; sus socios hasta entonces, los también acusados Sra.Almiñana y Sr.Rullán ostentaron un 20%, cada uno, de la mercantil, siendo otro 10% del capital social del Sr.Gené y Sr.Font, y un 25,23% del Sr.Nadal -a través de persona física, Sr.Sard y jurídica interpuesta por éste- y, por último, un 24,77% de la Sra.Munar -a través de Víctor García como persona interpuesta-; si bien, el Sr.Oliver siguió ejerciendo básicas funciones de representación o administración de hecho.

En el año 2008 el Sr.Oliver procedió a la compra acciones de Video U de titularidad del Sr.Gené y del Sr.Font, que representaban el 10% del capital social, tras recabar la oportuna autorización del resto de partícipes, así como, un año después, compró la cuota proporcional que ostentaba el Sr.Nadal a través del Sr.Sard y la mercantil Los Rincones de la Vega de Sotomayor.

SEGUNDO.-

I/.- En el ínterin desde la manifestación de voluntad de los dos entonces altos cargos institucionales, acerca de su deseo de participar en la mercantil de referencia -para, con ello, disponer y controlar un instrumento hábil para proveerse de una licencia de emisión digital de medio audiovisual que sirviera para su promoción propia y la del partido que representaban-, se iniciaron las gestiones tendentes a satisfacer la contraprestación impuesta por los socios primigenios de la mercantil -la viabilidad económica de la empresa y sus

integrantes a través de la concesión administrativa de fondos públicos para el desarrollo de su actividad-.

Ahora bien, antes debía ser satisfecha otra exigencia más, cual era solicitar una primera subvención, a nombre de Video U por una actividad que nunca se realizaría y que, una vez obtenidos los fondos públicos, dicha cuantía debía ser repartida entre Video U y Alfredo Conde Bonnin, director de la radio del Consell -Ona Mallorca- desde el año 2000; radio que se encontraba subvencionada al 100% por el Consell y que emitía las veinticuatro horas del día en catalán y que ofrecía, los domingos por la tarde, programación deportiva en la que se informaba, entre otros contenidos de los partidos en los que jugaba el Real Mallorca.

El Sr. Conde, administrador único de la mercantil Studio Media Comunicació (en adelante SMC) -empresa que explotaba la emisora de radio indicada- ya había intentado, un año atrás, obtener un contrato complementario -por valor de 57.000 euros- del contrato principal de servicios de difusión y programa radiofónica en catalán que ostentaba su mercantil SMC; la tramitación de dicho expediente de contratación reunió -formalmente- todos los requisitos exigidos legalmente y fue informado favorablemente por el departamento del Consell encargado de su tramitación. Sin embargo, el informe preceptivo de fiscalización previa, lo era en disconformidad (en tanto el objeto de complemento era, a su vez, objeto del contrato principal y, por tanto, ya sufragado con fondos públicos; y, porque de su propuesta se deducía que, para llevar a cabo el objeto a contratar, la radio debía, necesariamente, emitir más de veinticuatro horas al día -cuestión difícil de justificar-).

La cantidad que, en el inicio de la ideación del plan defraudador, se acordó que recibiría el Sr.Conde, por la subvención que recibiría Video U, era idéntica a la cuantía por la que solicitó el contrato complementario.

II/.- Pues bien, -ya fuera por la Sra.Munar, ya fuera por el Sr.Nadal-, el Sr.Conde y la Sra. Sotomayor conocieron de la participación de UM en la mercantil Video U, y de la contraprestación que facilitó la misma -la flexibilidad hasta la ilicitud en la concesión de subvenciones a favor de la mercantil Video U-.

La ideación y el desarrollo de este plan provino, obviamente, del principal interesado en ese momento, el Sr. Conde, y de la Sra. Sotomayor, Directora General de Comunicación del Consell Insular, por cuanto ambos eran conocedores de que la entidad Video U iba a estar participada por los acusados Nadal y Munar. Así, ésta última, convocó en su despacho oficial al Sr.Oliver y al Sr.Conde e, introduciendo al Sr. Oliver en la imposibilidad de que la radio explotada por el Sr.Conde pudiera recibir más dinero con cargo a los fondos públicos y para salvar los reparos opuestos por la intervención, propuso al Sr.Oliver que instase la solicitud de una subvención para poder obtener dichos fondos y, con ellos, satisfacer los requerimientos del Sr. Conde y, a su vez, obtener fondos para el Sr. Oliver o para la entidad Video U en la que, todavía, participaba en su gestión. Sobre la garantía de que el Consell accedería a la concesión de la subvención, la Sra. Sotomayor informó a Conde y a Oliver que lo comentaría con sus superiores con la seguridad de que estos aceptarían la propuesta. Obviamente, la única vía administrativa, para el aseguramiento de la finalidad concertada por los acusados, era acceder a una subvención de concesión directa.

Y, así se hizo y se llevó a cabo con la conciencia y voluntad de los inmediatos superiores de la Sra. Sotomayor -Sr. Nadal y Sra. Munar-; por ello el 9 de agosto de 2004, la Presidenta del Consell de Mallorca dictó providencia solicitando a la intervención informe sobre las formalidades necesarias para el cumplimiento de determinadas obligaciones de gasto cuya imputación del gasto generado no había sido previsto en las partidas presupuestarias para el año 2004, o bien, no existía crédito suficiente para ello.

Dicha propuesta y el dictamen de intervención, al respecto elaborado -y en el que constaba la partida a la que se asignaría el gasto de Video U, bajo el concepto de "Patrocinio Programa Video U S.A.", fue aprobado por el pleno ordinario del Consell de Mallorca el 13 de septiembre de 2004, en el que votaron a favor el Sr.Nadal y la Sra.Munar, no obstante el conflicto de intereses existente ya que ambos iba a ser socios de Video U como titulares del 50% de sus participaciones, y en el que se abstuvieron otros partícipes representantes de diferente partido político.

En la indicada fecha no existía petición alguna por el, pretendidamente, beneficiario de la subvención al Consell; ésta

no se produciría hasta el 29 de octubre de 2004 y no siendo registrado por vicepresidencia primera hasta el 18 de noviembre de 2004.

La subvención en cuestión no respondía a una necesidad real ni del departamento de comunicación del Consell de Mallorca, ni a un interés público, general o social -y, de cualquier manera, en la idea de los partícipes ya estaba asentada la consideración de que, de cualquier forma, la actividad subvencionada no iba a llevarse a cabo y en cualquier caso el destino de los fondos y su aplicación, fuera cual fuese su objeto no importaba en absoluto a los acusados Sr. Nadal y a la Sra. Munar atendido que sus destinatarios finales eran el Sr.Conde (OM) y el Sr.Oliver (Vídeo U), de modo que les resultaba indiferente si tales fondos eran destinados a la radio del Consell o a fines particulares, porque como conocedores de que el objeto de la subvención resultaba ilícito, ya que iba destinada a conceder fondos a una actividad ya subvencionada y que por eso se había denegado anteriormente, al concederse dicha subvención se favorecía su eventual defraudación, tal y como así finalmente ocurrió -. Todo el expediente administrativo de esta primera subvención -al igual que aconteció con la segunda- era una simple actuación administrativa para dar apariencia legal a una derivación de fondos públicos dependientes de la Conselleria en beneficio de los acusados Sr. Oliver y Sr. Conde o de terceros, cuya puesta en marcha provino precisamente de su arbitraria e ilegal concesión.

La confección del expediente de subvención nominativa, y buena parte de su tramitación material, fue asumida por la Directora General de Comunicación, Sra. Sotomayor.

El expediente para esta subvención se formó con la propuesta de modificación de créditos antedicha, un informe justificativo de la creación de la partida nominativa que, lacónicamente, "rezaba": "Amb la fórmula de magatzem temàtic es tractarà el món de l´esport en general, i dels esports de competición en particular"; y fue elaborado y firmado por la Sra. Sotomayor. El 14 de octubre de 2004 se procedió a la retención del crédito de 120.00 euros que, al parecer, aun no constando todavía solicitud del pretendido beneficiario, era la cantidad a subvencionar. Cuatro días después, la Sra. Sotomayor elaboró un informe justificativo de la concesión de la subvención. El mismo día en el que tuvo entrada en vicepresidencia primera la solicitud de subvención cursada por el acusado Sr.Rullán

-administrador de Video U- (18 de noviembre de 2004) el secretario técnico de la vicepresidencia, en informe de trámite, determinó la necesidad de recabar informe de fiscalización previa y, el mismo día, se elaboró el informe jurídico sobre la viabilidad administrativa de dicha solicitud y del expediente ad hoc. El informe de fiscalización previa de conformidad se emitió el 3 de diciembre de 2004 y, finalmente, el 9 de diciembre de 2004, la Presidenta del Consell de Mallorca firmó la propuesta de concesión de la subvención a Video U para el "Patrocinio del programa de radio Temps d´esport". El 13 de diciembre de 2004, el Consell Executiu del Consell de Mallorca acordó aprobar el expediente de concesión de la subvención -con votación favorable de la Sra.Munar y del Sr.Nadal, ya socios de derecho de Video U-. En otro lacónico informe de la Sra.Sotomayor, el 22 de diciembre se informó favorablemente acerca de la ejecución de la actividad objeto de la subvención, y de la presentación de los justificantes correspondientes a los gastos generados; y, el mismo día la Presidenta del Consell de Mallorca, Sra. Munar, firmó el decreto por el que se resolvió reconocer la obligación del Consell, por importe de 120.000 euros, a favor de Videu U.

La justificación del gasto en la actividad subvencionada, a la que hacía referencia en informe de 22 de diciembre la Directora Insular de Comunicación, Sra. Sotomayor, fue presentada en día indeterminado del mes de diciembre y sin que conste sello de entrada, por el administrador de Video U, Sr. Rullán. En este conjunto documental se informaba que se entregaban los originales de las facturas correspondientes a los gastos de producción de la programación; si bien, no consta que se adjuntaran nóminas originales, ni facturas originales, o por fotocopia de gastos que figuraban como de "teléfonos, gasolina, asesorías, etc..", - llamativo dato teniendo en cuenta el tenor del escrito del Sr.Rullán en la solicitud de la subvención, en el que se informaba que el programa en cuestión, de 180 minutos de duración, iba a retransmitir en directo los partidos del Real Mallorca, dentro y fuera de la isla y, por tanto, serían abundantes los gastos generados por los viajes de personal y material-. De igual manera, huérfana era la justificación de más del 50% del importe de la subvención que se subcontrató con la mercantil -también en la esfera de los originarios socios de Video U- Ambbit Digital, S.L. y, de cuyas facturas presentadas se obtiene un importe mayor de coste que el declarado por Video U al Consell de Mallorca. Por otra parte, en la factura girada por Ambbit Digital S.L. a fecha 19 de diciembre de 2004,

por importe de 76.560 euros se especifica, como uno de los gastos, la copia de las grabaciones del programa, en soporte CD, durante los meses de septiembre a diciembre de 2004.

El mismo día en el que se reconoce, por decreto, la obligación del Consell por el importe de la subvención concedida, el Sr.Conde, como Jefe de emisión de Ona Mallorca, emite un certificado de emisión del programa Temps d´Esport, de 195 minutos de duración, desde mediados de septiembre hasta ese mismo día -el manido 22 de diciembre de 2004-.

El 18 de enero de 2005 el Pleno del Consell de Mallorca -con presencia y participación de la Sra.Munar y del Sr.Nadal- convalidó el decreto de reconocimiento de la obligación de pago a Video U.

III/.- A fecha 31 de diciembre de 2004 Studio Media Comunicació S.L. remite, a Video U S.A. una factura por las labores de realización, producción y difusión del programa de radio "Temps d´Esport" desde mediados de septiembre hasta el 22 de diciembre de 2004.

Amén de que Video U subcontratara la mitad de la producción del programa a Ambbit Digital S.L., y así intentara justificar al Consell sus gastos, esa misma o similar función, además de la difusión del programa -en una radio que, no olvidemos, estaba subvencionada al 100% por dicha corporación- fue facturada por la empresa administrada por el Sr.Conde. La factura, a mayor abundamiento, carece de expresión alguna sobre el importe de la actividad, tan solo desglosa el IVA imponible sobre el costo de un servicio desconocido; eso sí, consta el número de cuenta para el ingreso bancario.

Deteniéndonos en el importe de la factura emitida por el Sr.Conde en representación de SMC, se puede advertir que, habiéndose concertado éste con el acusado Sr.Oliver en el reparto igualitario de la cuantía que obtuvieran con la subvención ficticia en cuanto a su objeto, sea ahora el 100% de dicha cuantía la que reclama bajo la factura que pretende crear un aparente servicio realizado. Este cambio de reparto de beneficios fue reconocido por el Sr.Oliver que, sin poder especificar el motivo de ello, manifestó que, pese a la reticencia inicial del administrador de Video U, Sr.Rullán, una vez el Sr.Conde, con el concierto de la Sra.Sotomayor, le garantizaron la concesión de una segunda subvención, por el mismo importe,

finalmente accedieron a los deseos impuestos por el Sr.Conde. Dicha polémica debió suscitarse en el otoño de 2004, en tanto en cuanto, la garantía a la que se refiere el Sr.Oliver no puede ser otra que la aprobación, el 15 de noviembre de 2004, por el Pleno del Consell Insular de Mallorca del proyecto de presupuestos generales del Consell Insular de Mallorca y del Plan estratégico de subvenciones, bases de ejecución y plantilla para el año 2005 (donde se constituye una partida de subvención nominativa, por valor de 120.000 euros, en concepto de "patrocinio programa Video U").

El 10 de febrero de 2005, la mercantil Video U ordena transferencia bancaria a favor de la entidad SMC por importe de 120.000 euros. Transferencia recibida en la cuenta de la entidad SMC el 16 de febrero de 2005 y que, ese mismo día, se traspasa a una cuenta, en la misma entidad, a nombre de Alfredo Conde Bonnin.

De todo ello no hay constancia de que Miguel Sard y Víctor García lo conocieran.

TERCERO.-

I/.- Dando continuidad al plan preconcebido y, si bien constaba recogido en los presupuestos del año 2005 del Consell de Mallorca una partida, la 0.46100.47902, para el "Patrocinio Programa Video U" por importe de 120.000 euros, no constaba, sin embargo, solicitud previa por la mercantil de referencia de dicha subvención nominativa.

Tampoco consta documentación sobre los requisitos previos que ha de tener el objeto a subvencionar a través de concesión directa por vía presupuestaria.

No fue hasta el 4 abril de 2005 cuando tiene entrada en el Consell de Mallorca la solicitud de subvención -por idéntico concepto, finalidad e importe a la subvención del año 2004-; tan solo variaba la duración, la cual se reducía en una hora y sin que ello tuviera reflejo en el coste de producción del programa radiofónico. En el momento de la petición, en teoría, el programa ya debía haberse emitido durante casi tres, de los seis meses previstos de programación. La memoria explicativa, al igual que en la de la anualidad anterior, retomaba la idea de elaboración de un "macro-programa", en el que el director del mismo daría paso a los diferentes informadores deportivos

desplazados en aquellos lugares en los que se produjeran los encuentros para ofrecer información puntual y en tiempo real. El protagonista del programa sería la retransmisión de los partidos de Liga del Real Mallorca realizada en catalán. La realización del programa requeriría la utilización de unidades móviles, equipos autónomos de redacción, personal técnico cualificado y capaz de retransmitir la información mediante conexiones telefónicas y de Internet. Su presupuesto, sin especificar más allá de partidas globales, ascendía a 135.000 euros.

El 6 de abril de 2005, por Intervención, se visó el modelo de retención de crédito de la contabilidad del presupuesto de gastos por importe de 120.000 euros, siendo órgano gestor la presidencia y, como referencia, el gabinete de prensa -exactamente igual que la anterior subvención-. El 12 de abril de 2005 el secretario técnico de la vicepresidencia primera requería al Sr.Rullán documentación necesaria, mas la técnico administrativa remitió la notificación a la atención del Sr.Oliver, y no constando que dicha documentación fuera presentada, finalmente, ante el CIM.

El 27 de abril de 2005, la Directora Insular de Comunicación, Sra.Sotomayor -siempre siguiendo las sugerencias u órdenes del Sr.Nadal-, elevó informe justificativo de la concesión de la subvención, basándose en que este tipo de programas eran de suma importancia desde el punto de vista sociocultural, educativo e informativo, ya que informaban de los acontecimientos deportivos de la isla y, además, en catalán. Cumplimentada la fiscalización previa por la Intervención General el 18 de mayo de 2005, el día siguiente, María Antonia Munar, consciente de que era ficticio el programa, firmó la propuesta de concesión de la subvención nominativa a Video U S.A., que fue resuelta por acuerdo del Consell Executiu del Consell de Mallorca -con votos de la Sra.Munar y del Sr.Nadal- el 23 de mayo de 2005.

El 26 de agosto de 2005 la Sra.Sotomayor informó favorablemente sobre la llevanza a término de la actividad subvencionada y las justificaciones de gastos que, al respecto, debía haberle facilitado el beneficiario. Nuevamente, la mayor parte del importe de la subvención iba destinada a sufragar gastos de subcontratación del servicio por Video U.

En el expediente administrativo de sendas subvenciones de concesión directa se hallaron certificados de emisión radiofónica del programa Temps d´Esports por Ona Mallorca a través de SMC.; sin embargo, en este caso, la mercantil del Sr.Conde no facturó cuantía alguna en concepto de "difusión", como sí que realizó en la anualidad anterior.

El mismo 26 de agosto, antes indicado, la Presidenta del Consell firmó los correspondientes decretos de abono y reconocimiento de obligación. Tras la tramitación oportuna los fondos fueron transferidos a la cuenta corriente de Video U el 30 de septiembre de 2005.

CUARTO.- Ni en todo, ni en parte, fueron realizados los objetos de esas dos subvenciones y los acusados Sr.Nadal y Sra.Munar, en tanto sabedores de la solicitud que a través de la Sra.Sotomayor le hicieron los acusados Oliver y Conde y a su vez como socios de Video U, eran conocedores de ello, como también sabían que la ilegal concesión de las subvenciones dadas a Video U, al margen del destino final de las mismas ya fuese para financiar a la radio pública o para fines particulares, posibilitaba y favorecía la defraudación del importe de dichas subvenciones.

Desde el año 2004 hasta el año 2007 los fondos públicos, provenientes de organismos públicos insulares, recibidos por la entidad mercantil Video U ascendieron a tres millones ochocientos setenta y dos mil quinientos cincuenta y nueve euros.

En julio de 2004 la Sra.Sotomayor expuso al Sr.Nadal la necesidad de contratar personal para poder abarcar las funciones laborales a aquella encomendadas, el Sr.Nadal le remitió al Sr.Oliver, quien contrató a Débora Lorente, si bien ésta desempeñó funciones encomendadas por la indicada Directora Insular de Comunicación.

No fue ésta la única contratación -aparentemente- irregular de personal; tras la concesión de la primera subvención, Video U se vio abocada a contratar a un número indeterminado de personas -más de diez-, todas ellas afiliadas al partido Unión Mallorquina, a instancias de la Sra.Sotomayor y terceros, y que nunca desempeñaron actividad laboral para Video U, ni para Ambbit Digital (empresa que también contrató formalmente a afiliados de UM).

QUINTO.- Durante el primer trimestre del año 2010 -tras dos años de investigación judicial- de manera voluntaria, los acusados Sr.Oliver, Sr.Rullán, Sra.Almiñana, Sr.Sard y Sr.Nadal comparecieron ante la Autoridad Judicial y confesaron su intervención en los diversos delitos que eran objeto de investigación; igualmente, facilitaron información sobre dichos hechos así como sobre otros trascendentes para el descubrimiento de nuevos delitos y corroboraciones acerca de la participación de otros imputados.

Los acusados Sr. Oliver, Sr. Rullán y Sra. Almiñana, antes del inicio del juicio oral, consignaron la cantidad de 120.000 euros en concepto de responsabilidad civil."

3.- Notificada la sentencia a las partes, la representación de los acusados Dª Mª Antonia Munar Riutort, D. Miguel Nadal Buades, Dª Margarita Sotomayor Vicens y D. Alfredo Conde Bonnin, anunciaron su propósito de interponer recursos de casación que se tuvieron por preparados por auto de 11 de Septiembre de 2012, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

4.- Por medio de escritos, que tuvieron entrada en la Secretaría de este Tribunal en 10/10/2012, el Procurador D. Julian Caballero Aguado, en 11/10/2012, la Procuradora Dª Esther Gómez de Enterría Bazan, en 15/10/2012, los Procuradores D. Ignacio Aguilar Fernández, y D. Argimiro Vázquez Guillén, interpusieron los anunciados recursos de casación articulados en los siguientes **motivos:**

Dña. Maria Antonia Munart Riutort:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24.1, 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a **un proceso con todas las garantías,** a la **tutela judicial efectiva**, a la **presunción de inocencia**, por omisión de la valoración de la prueba de descargo y por valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a **un proceso con todas las garantías, y a un juez imparcial,** en cuanto se ha vulnerado el **principio acusatorio.**

Tercero.- **Por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 432 del CP, por ausencia del objeto material del propio delito de Malversación de caudales públicos.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 441 del CP, referente al delito de negociaciones actividades prohibidas a los funcionarios públicos.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 404 del CP, en relación con el delito de Prevaricación administrativa.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 436 del CP, en relación con el delito de Fraude a la Administración.

***Séptimo*.- Por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 390, en relación con el delito de Falsedad documental.

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 436, en relación con el art 74 CP, por haberse apreciado un delito continuado de Fraude a la Administración.

Noveno.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 77 CP, al haberse sancionado como concurso de delitos la inducción a un delito de Fraude a la Administración, y el delito de Malversación de Caudales Públicos.

D. Miguel Nadal Buades

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a la **presunción de inocencia**.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a **un proceso con todas las garantías,** en cuanto se ha vulnerado el **principio acusatorio.**

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1, por aplicación indebida de los arts. 439 y 74 CP .

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1, por aplicación indebida del art 50 CP .

Quinto.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 1 del art. 851 LECr., por no expresar la sentencia clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, además de resultar manifiesta contradicción en ellos.

Dña. Margarita Sotomayor Vicens

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a la **presunción de inocencia**.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 404 del CP , en relación con el delito de prevaricación administrativa.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 432 del CP, en relación con el delito de Malversación de caudales públicos.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por inaplicación indebida del art. 433 del CP, por ausencia del dolo ,incluso eventual, propio delito de Malversación de caudales públicos.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por inaplicación indebida del art.14 CP, en relación con el art. 390.1º y 4º CP 432 del CP, y con el delito de Falsedad en documento oficial.

Sexto.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24.2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a la **presunción de inocencia**.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida de los arts. 404 y 432 CP, en relación con los delitos de Prevaricación y Malversación de caudales públicos.

D. Alfredo Conde Bonnin

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a la **presunción de inocencia**.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a **un proceso con todas las garantías, y a un juez imparcial,** en cuanto se ha vulnerado el **principio acusatorio.**

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art.28 , en relación con 404 del CP, delito de Prevaricación administrativa.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida de los arts.28 y 432 CP, en relación con el delito de Malversación de caudales públicos.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 436, por haberse apreciado un delito de Fraude a la Administración.

Sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 436, en relación con el art 74 CP, por haberse apreciado un delito continuado de Fraude a la Administración.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida de los arts.74.2 y 432 CP, en relación con la continuidad del delito de Malversación de caudales públicos.

Octavo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., por inaplicación indebida del art. 390.1º .2ª CP, en relación con el delito de Falsedad documental.

Noveno.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 1 y 120.3 de la CE, en relación con el art 66.1.6ª CP, por falta de **motivación** adecuada de la **individualización de la pena.**

5º.- El Ministerio **Fiscal**, y el Consell Insular de Mallorca, en su condición de **Acusador particular**, por medio de escritos de fecha 4/02/2013 y 27/11/2012 respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, impugnaron la admisión de todos los motivos, y subsidiariamente interesaron su desestimación. Por su parte, las representaciones de los recurrentes, dándose por instruidos, impugnaron los escritos de la acusación pública y particular; procediendo la representación de Dña. María Antonia Munar Riutort, mediante escrito de 23-11-2012, a formular

adhesión a los motivos articulados por las representaciones de Dña. Margarita Sotomayor Vicens y D. Alfredo Conde Bonnín. Igualmente, la representación de D. Miguel Nadal Buades **se adhirió**, mediante escrito de 28-11-2012, a los motivos primero y octavo del recurso de Dña. Margarita Sotomayor Vicens; al primero del recurso de D. Alfredo Conde Bonnín; y al segundo, tercero (parcialmente), cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno de Dña. María Antonia Munar Riutort.

6.- Por providencia de 19 de Julio de 2013 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para **VISTA,** el pasado día **19 de Septiembre de 2013**, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

(1) Recurso de Dña. Maria Antonia Munar Riutort:

La recurrente, (Presidenta del Consell Insular de Mallorca) según el fallo de la sentencia recurrida, fue condenada, en concepto de *autora*, de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios a la pena de multa de 18 meses, a razón de 100 euros de cuota diaria, y a la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 2 años y 6 meses.

Como *autora* de un delito de malversación continuada, en **concurso** medial con los delitos continuados de prevaricación -en concepto de *autora*- de fraude a la Administración -como *inductora*, y falsedad en documento oficial- como *cooperadora necesaria*, a la pena de prisión de 5 años y 6 meses, y a la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 9 años y 6 meses. Costas y responsabilidades civiles.

PRIMERO.- El primer motivo se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24.1, 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a **un proceso con todas las garantías,** a la **tutela judicial efectiva**, a la **presunción de inocencia**.

1. La recurrente sostiene que el tribunal de instancia ha incurrido en omisión de la valoración de la prueba de descargo, y valoración ilógica, incoherente e irracional de las pruebas.Y que la sentencia que condena a la acusada se fundamenta únicamente en la declaración de otro coimputado, no corroborada por dato externo alguno. Antes bien, contradicha por numerosa prueba de

descargo. Afirma que la sentencia parte de la credibilidad acrítica de lo declarado por el coacusado Sr. Nadal no desvirtuada por la defensa, y con ello se invierte la carga de la prueba. Señala que no hay dato objetivo alguno que corrobore dicha versión. Considera que tanto la afirmación sobre la idea de participar en Video U, como en la adquisición del 50% de las participaciones de esa entidad, como en el concurso de licencias de emisión digital de televisiones, como en la utilización de testaferros para la adquisición de las participaciones, se sostienen en la versión del coacusado Nadal que a su juicio no merece credibilidad alguna, al estar inspirada en móviles espurios. Señala la falta de persistencia en la incriminación, al haber declarado otra cosa diferente durante la instrucción, y su testimonio en el plenario carece de apoyo en datos objetivos. Señala que la declaración de Oliver es de referencia y se toma por la Sala como elemento de corroboración. Entiende que la corroboración consistente en la declaración del Sr. Sard (testaferro de Nadal) no es suficiente, al faltar corroboraciones externas de carácter objetivo.

Considera falto de imparcialidad al Tribunal por reprochar a la acusación popular no acusar a las señoras Sotomayor y Munar, así como por aplicar como muy cualificada la atenuante de colaboración.

Además, señala la recurrente que la Sala ha preterido la valoración de la prueba de descargo o la ha valorado de manera irracional. Señala que la defensa acreditó que el día 21 de noviembre de 2004 el coche oficial, en el cual según la sentencia se entregó el dinero para la adquisición de las participaciones de Vídeo U, no salió.

Los Sres. Coll y Salmerón, chóferes de la Sra. Munar, avalaron la documentación aportada al respecto. Y en su interrogatorio en el juicio oral, el Pte. del Tribunal perdió su imparcialidad al hacer determinados comentarios recogidos en la grabación del mismo, advirtiendo al último de su obligación de decir verdad de una manera no exigida a otros comparecientes.

También indica la recurrente que el Sr. García es el marido de una prima política de la Sra. Munar, pero no se hace constar que entre esa mujer, Coloma Munar Vallespir y el acusado Nadal hubo una estrecha relación profesional. Señala que el Sr. García González declaró que era testaferro de Nadal, no de María Antonia Munar. Y señala que no se ha practicado prueba alguna

sobre el origen y destino de los 300.000 euros que se emplearon para la adquisición de las participaciones, lo que permite dudar de su preexistencia.

Para la recurrente, el resultado de la prueba acreditó que el dominio del hecho lo tuvo en todo momento el Sr. Nadal, superior jerárquico y responsable, como Vicepresidente primero, de la actividad subvencional. Por el contrario no hay prueba alguna que acredite la intervención efectiva, mediata o inmediata de la Sra. Munar. Ninguno de los acusados o testigos refirieron haber mantenido reunión o conversación alguna con la Sra. Munar.Unicamente lo afirma el coacusado, sin corroboración alguna.

2. La misión del Tribunal de casación, en orden a **la presunción de inocencia,** no es la de proceder a un nuevo análisis, ni a una renovada valoración de la prueba practicada en instancia, ni tampoco la de revisar críticamente la mentada valoración, sino únicamente comprobar si la Audiencia, para ejercer su libérrima y soberana facultad de apreciación de la prueba en conciencia o racionalmente, conforme a los arts. 741 y 717 de la LECr., dispuso del mínimo de actividad probatoria practicada con las debidas garantías constitucionales y procesales.

Las sentencias de esta Sala nº 1174/03 de 17 de septiembre, y nº 135/2003 de 4 de febrero recuerdan que: "Constituye arraigada doctrina, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, la que establece que la presunción de inocencia es una presunción "iuris tantum" que exige para ser desvirtuada la existencia de una mínima, pero suficiente actividad probatoria, constitucionalmente legítima, producida en el plenario con las debidas garantías procesales que se ofrezca racionalmente de cargo, y de la que se pueda deducir la existencia del hecho delictivo, sus circunstancias penalmente relevantes y la participación en él del acusado.

Es la verificación de que en el proceso, con respeto a los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción e igualdad de armas, se ha desarrollado la prueba racionalmente necesaria -existente, válida y suficiente- que justifique la sentencia condenatoria. No puede alcanzar a los contenidos de conciencia ni a la ponderación valorativa o fuerza de convicción que cada una de las probanzas haya podido producir en el ánimo de los integrantes del órgano judicial de inmediación, en cuanto constituye una insustituible facultad de aquél (art. 741 LECr.)".

Igualmente, señala la Sentencia de esta Sala nº 1445/03, de 30 de octubre, que la prueba indiciaria exige, como requisito esencial, la pluralidad de indicios convergentes en su dirección acreditativa, por lo que no es posible articular la impugnación desde la crítica a la capacidad deductiva de cada indicio, sin examinarlos de forma conjunta.

En efecto, la prueba indiciaria es una prueba hábil para enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia. El análisis de la jurisprudencia permite destacar su distinta valoración. Así, si en la STC 174/85, de 17 de diciembre, se afirmó que "la prueba directa es más segura y deja menos márgenes de duda que la indiciaria", hoy son muchas las construcciones, dogmáticas y jurisprudenciales, que afirman una mayor seguridad de la prueba indiciaria, correctamente empleada, pues la acreditación del hecho-consecuencia resulta de la racionalización del engarce existente entre el indicio y la presunción, que supone una mayor seguridad frente a otras pruebas directas, como la testifical, en la que la base la proporciona la credibilidad del testigo. Por otra parte, la exigencia de una estructura racional en la prueba indiciaria se ha trasladado, también como exigencia, a toda actividad probatoria, al requerirse que la valoración de la prueba sea racional (cfr. 717 LECr.) y que se exprese en la sentencia a través de la necesaria motivación (art. 120 CE).

El empleo de la prueba indiciaria, precisamente por carecer de una disciplina de garantía que es exigible a la prueba directa, requiere unas condiciones específicas para que pueda ser tenida como actividad probatoria:

a) El indicio debe estar acreditado por prueba directa, y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultante que aumentaría los riesgos en la valoración.

b) Los indicios deben ser sometidos a una constante verificación que debe afectar tanto a la acreditación del indicio como a su capacidad deductiva. Con este requisito se pretende evitar tanto el azar como la posibilidad de la falsificación, y se materializa a través de la motivación en la que el aplicador debe plantearse la necesaria concordancia de deducciones, la independencia en la acreditación de indicios, la racionalidad de la deducción etc...

c) Los indicios deben ser plurales e independientes, con lo que se pretende evitar que sea tenido por indicio un hecho único aunque acreditado por distintas fuentes.

La exigencia de la pluralidad de indicios permite asegurar su fuerza suasoria, pues un único indicio, por fuerte que sea, no excluye la posibilidad del azar.

d) Los indicios deben ser concordantes entre sí, de manera que converjan en la conclusión. La divergencia de uno de ellos hace que la prueba indiciaria pierda eficacia y hará de aplicación el principio "in dubio pro reo".

e) La conclusión debe ser inmediata, sin que sea admisible que el hecho consecuencia pueda llegar a través de varias deducciones o cadena de silogismos.

f) La prueba indiciaria exige, como conclusión de la anterior, una motivación que explique racionalmente el proceso deductivo por el que de unos hechos -indicios- se deducen otros hechos-consecuencias. A través de esa motivación se cumplen las necesidades de control externo de la jurisdicción, mediante el régimen de recursos y el conocimiento por el ciudadano de la actuación de la función jurisdiccional, evitando la arbitrariedad. También el órgano jurisdiccional que aplica la prueba realiza una constante verificación de la prueba y de sus exigencias. Cuando motiva una resolución exterioriza una argumentación que debe ser lógica y racional, lo que permite su control, por un órgano jurisdiccional, por los ciudadanos y por el mismo aplicador -función de autocontrol-, verificando los indicios que emplea, su posible falsedad, la exclusión del azar, la pluralidad de indicios y su convergencia y la inexistencia de indicios en contra".

3. Por lo que se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión éste comporta el de obtener una resolución motivada, razonada y no incursa en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente (STC núm. 258/2007). A las partes asiste el derecho a que sus pretensiones sean resueltas por los órganos jurisdiccionales de forma expresa y motivada o, excepcionalmente, de forma tácita, pero resultante de manera evidente del contenido de la resolución judicial. En relación a los aspectos fácticos de la sentencia penal, es preciso que los hechos que se declaran probados vengan unidos a una explicación comprensible de la forma en que el Tribunal ha valorado la prueba y del camino seguido desde ésta hasta aquellos. Esto no

quiere decir que el Tribunal deba pronunciarse expresamente acerca de cualquier aspecto de los hechos que las partes hayan alegado, pues solo debe hacerlo respecto de aquellos que resulten relevantes a los efectos de la aplicación de la ley penal. Tampoco es precisa una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones, siempre que el Tribunal resuelva sobre las pretensiones de las partes (Cfr STS 8-12-2008, nº 907/2008; 18-12-2008, nº 907/2008).

La motivación de las sentencias, en particular en el aspecto fáctico-valorativo, obliga al tribunal sentenciador a reseñar detalladamente las pruebas que ha tenido en cuenta para dictar la resolución, debiendo desprenderse con claridad las razones que le asisten para declarar probados unos hechos, muy especialmente cuando han sido controvertidos. La exigencia de motivación no pretende, como tiene dicho el Tribunal Constitucional y esta Sala, satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la resolución dictada merced a la revisión por vía de recurso. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de fijar la finalidad, alcance y límites de la motivación , afirmando en tal sentido que deberá tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, esto es, que el juez explique suficientemente el proceso intelectivo que le condujo a decidir de una determinada manera, sin asomo de arbitrariedad, sin que sea necesario explicitar lo que resulta obvio (Cfr. STS. 6-10-2011, nº 995/2011; 30-9-2011, nº 1010/2011)

Y, como precisa la STS. 628/2010 de 1.7, podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurrirá en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del

razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo "comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación sea solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda sea arbitrario, irrazonable e incurra en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que "en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen sin desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y limites de la motivación . La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectivo que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva "no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2).

Según la STC. 82/2001 "solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento.

Consecuentemente, ante las alegaciones de la parte recurrente, se hace necesario, pues, verificar si se han practicado en la instancia, con contradicción de partes, pruebas de cargo válidas y con un significado incriminatorio suficiente (más allá de toda duda razonable) para estimar acreditados los hechos integrantes del delito y la intervención del acusado en su ejecución; pruebas que, además, tienen que haber sido valoradas con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011, entre otras).

4. En el caso, ante todo, no se aprecia ninguna falta de imparcialidad, en el Tribunal en relación con su veredicto sobre la actuación de la acusación popular. La acusación popular, respecto de la cual se interesó por algunas defensas su expulsión del procedimiento a la vista de que en realidad actuaba como defensa de algunos acusados, fue sin embargo mantenida en la causa por el Tribunal, no sin hacer mención a la actitud de dicha parte procesal, que considera "irregular, si no espuria" al no dar explicación de su retirada de acusaciones para algunas personas en el acto de la vista, concluyendo, en definitiva que su acusación solo podía ser "adhesiva", sin agregar nada, dada la extemporaneidad de su formulación.

La recurrente omite cualquier referencia a lo que es un elemento corroborador fundamental de las pruebas de cargo que analiza. La compra de las acciones o participaciones de Video U en si misma no tiene reproche penal. La cuestión delictiva consiste en la compra de dichas participaciones por personas que tienen a cargo la adjudicación de subvenciones, y la gestión de las mismas en beneficio de esa entidad que han adquirido; y ello, omitiendo cualquier control sobre la aplicación del dinero público al fin establecido. La acusada recurrente es determinante en la concesión de esas subvenciones de concesión directa. La

recurrente nada dice en relación a esa cuestión. La intervención de la acusada en la gestión de las subvenciones revela un celo superior a quien la solicita, ya que se preparaba el expediente y se votaba en el Consell la dotación económica para la misma (también por la acusada Munar) así como se retenía el crédito de la subvención, antes incluso de que se solicitara. Y fue la acusada Munar -nos dice el hecho probado- quien el 9 de agosto dicta una providencia solicitando a la intervención ilustración sobre formalidades necesarias para el cumplimiento de obligaciones de gasto presupuestario no previsto. Y también fue ella quien votó en el Consell a favor de la concesión de la primera subvención a Video U, al igual que hizo con la segunda. La realidad es que su intervención en la gestión administrativa para la concesión de las subvenciones es elemento corroborador muy importante acerca de que lo que dicen varios testigos y de que, lo que indican las pruebas que desmenuza la defensa, ha sido valorado sin arbitrariedad alguna. Se trata de una corroboración muy importante, no simplemente de una "corroboración mínima" en el sentido en que se pronuncia el Tribunal Constitucional y que cita la STS de fecha 11 de mayo de 2010, tal como recuerda el Ministerio Fiscal:

"No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" (STC nº 68/2002, de 21 de marzo). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001, es que "la declaración quede «mínimamente corroborada» (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado «algún dato que corrobore mínimamente su contenido» (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", (SSTC. 118/2004 de 12.7, 190/2003 de 27.10, 65/2003 de 7.4, SSTS. 14.10.2002, 13.12.2002, 30.5.2003, 12.9.2003, 30.5.2003, 12.9.2003, 29.12.2004)".

5. Es más, las pruebas sugieren -como apuntan varios acusados- que la acusada Munar, participaba en Video U a través de un testaferro de su confianza y la gestión de la concesión de las subvenciones corrobora ese hecho sin atisbo de duda. No debemos olvidar, que, aunque no es objeto de enjuiciamiento en este procedimiento, el hecho probado señala un dato objetivo: la

mercantil Video U recibió entre 2004 y 2007 casi 3.900.000 euros de fondos públicos administrados por el Consell Insular.

La Sala analiza con detenimiento la prueba practicada y llega a la conclusión de la intervención de la acusada no sólo en la intervención de los expedientes de concesión de las subvenciones (tal como resulta documentado), sino en su intencionado propósito de utilizar el dinero público para su beneficio o el de su partido político. Y ese análisis se realiza sobre la base de unas pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral, con todas las garantías de contradicción y además, de acuerdo con una valoración que entendemos irreprochable y desde luego no "irracional" y no arbitraria. Así, -tras el encuentro en el restaurante "El Parlament", a instancias de Miguel Oliver- se iniciaron las conversaciones entre los acusados para obtener todos un beneficio a costa de caudales públicos. Nadal informó a Munar en varias ocasiones y su declaración es creída por la Sala. Y viene corroborada por el hecho de que efectivamente tiempo después se inicia la tramitación de la primera subvención que se concedería a Video U.

En cuanto a los testaferros, también es perfectamente coherente la valoración de la Sala. Si Nadal hubiera decidido adquirir él solo las participaciones de Video U, como afirma la recurrente, no hubiera necesitado dos testaferros, le bastaba con uno. Este fue su amigo de la infancia, Miguel Sard, una persona de su absoluta confianza, cosa que no era el otro testaferro, el acusado Víctor Francisco García, casado con una pariente de Munar. No hay nada arbitrario ni irracional en concluir que ciertamente Nadal no necesitaba dos testaferros, y que si tenía que tener uno, ese había de ser una persona de su plena confianza. Con la coincidencia de que el otro testaferro estaba relacionado familiarmente con Munar (y no con Nadal). Sobre ese particular hay varios testimonios de coimputados, no solo el de Nadal. Y ni consta que todos tuvieran animadversión a Munar, ni tampoco que, por el hecho de incriminarla gratuitamente obtuvieran beneficio penal alguno: ellos reconocen su culpa, pero solo su culpa; no la de otros. La sentencia abunda en las páginas 44 y siguientes en esas razones, señalando que también Sard y Oliver tuvieron conocimiento de que Víctor García era el testaferro de la acusada recurrente. De hecho, Oliver, quiso recomprar el paquete de acciones que Nadal y Munar tenían en Video U. Y resulta que en relación con la participación de Nadal no hubo problema alguno, pero con la representada por el testaferro García, el asunto se dilató mucho.

Como se pregunta el Ministerio Fiscal ¿Qué explicación hay para ello, sino es que son dos personas diferentes las que venden? ¿Qué valoración puede extraer la Sala ante las manifestaciones de García, que llega a decir que no sabe de quién es testaferro, y cuyas declaraciones son frontalmente contrarias a las de Nadal, Sard, Oliver o incluso Luisa Almiñana? ¿Por qué Nadal había de enviarle a consultar negocios de Video U a Munar, -como reconoció-, si no es porque Munar tenía algo que decir sobre la compañía? Pensemos que Video U comenzaba entonces a recibir cantidades enormes de dinero del Consell. ¿Tiene algún sentido que un delincuente -Nadal- que se está lucrando de fondos públicos, dirija a su testaferro hacia la Presidenta del Consell para hablarle de la venta de las acciones de la compañía beneficiaria del organismo que preside?. Si fuera cierto, ¿no habría riesgo de que Munar se diera cuenta de la trama? Toda la pretensión de la recurrente es absurda, aunque bien presentada, pero carece por completo de consistencia y se compadece muy poco con el sentido común. La valoración de la prueba, también en este caso es perfectamente razonable y sostenida por pruebas de cargo válidas.

Y, no se quiebra dicho razonamiento por el hecho de que los choferes, (Sr. Coll y Salmeron) de servicio del coche de la acusada recurrente negaran que el día 21 de noviembre hubieran trabajado, y por tanto negaran también que en el coche oficial se hubiera producido la entrega del sobre de 300.000 euros de Munar a Nadal. No lo quiebra porque al margen de lo que señala la Sala en las páginas 49 y 50, las circunstancias de la entrega no incluían más que a Nadal y Munar. No había otros testigos. Que fuera en el coche oficial, o en un coche particular -o que no necesitara el coche-, tiene importancia menor. Pudo ser -como dice la Sala- en una salida del coche no registrada en las hojas de servicio (el hecho probado indica que el dinero se entregó "el día anterior, en un sobre", sin más añadidos), pero lo esencial es que el dinero se entregó y con él se pagaron las participaciones que los acusados Munar y Nadal adquirían de Video U a través de sendos testaferros.

6. Por otra parte, **los comentarios** que se dice efectuados por el Presidente del tribunal de instancia en relación con el testigo Sr. Coll, no puede entenderse que comprometan su imparcialidad, dado el contenido de lo grabado (Vídeo nº 23; 0 h, 56´ 48", y ss), y habida cuenta de la doctrina de esta Sala, reflejada en sentencias, como la todavía reciente nº 687/2013, de 17 de julio, donde se estimó que los comentarios adquirieron trascendencia -

hasta el punto de provocar la estimación del motivo, por lesión el proceso debido, en su vertiente de derecho a la igualdad de armas, con anulación de la sentencia, y del propio juicio, reenviando la causa al tribunal de procedencia, para la celebración de uno nuevo- "por haberse provocado desequilibrio procesal cuando alguno de los componentes del órgano que había asumido el enjuiciamiento, exteriorizó, en presencia y con participación del Fiscal, ciertos aspectos de la convicción, alcanzada por el resultado algunas pruebas ya celebradas, que por entonces se encontraba aún en proceso de formación en la mente de los magistrados, pendiente como seguía no sólo la deliberación del Tribunal, sino la conclusión misma del juicio".

En nuestro caso, el Presidente del tribunal, en realidad no realizó un comentario sobre lo declarado por el testigo, sino que, con alguna ironía -ciertamente innecesaria- le preguntó directamente sobre cómo obtuvo el documento al que se había estado refiriendo; y, realizada y acabada la declaración del testigo, sin interrupciones, no manifestó nada de lo que pudiera derivarse el adelantamiento de una convicción sobre la prueba terminada de realizar, que tenía relación con la propuesta de nueva documental que luego fue admitida al amparo del art 729.3 LECr. (Vídeo 24).

Y con relación al Sr. Salmerón (Video 23;1 h,14´ 17"), la advertencia realizada sobre su obligación de decir verdad, no supone sino el ejercicio del deber que al propio presidente le impone el art 706 de la LECr. Y, el énfasis puesto en recordar "especialmente tal obligación" sin duda, estuvo justificado, por la previa manifestación de haberse comunicado con el anterior testigo.

7. El fundamento de la sentencia es preciso y su razonamiento lógico para la conclusión reflejada en el hecho probado, sin que tras la argumentación del recurso se desvanezca esa conclusión, por más que en él se viertan dudas sobre la acreditación de los elementos descritos en el *factum* .

Recayendo la gestión material del expediente para conceder las subvenciones en la acusada Sotomayor y para supervisar sus resultados, con la abundancia de irregularidades que señala la Sala -entre la que no es la menor el hecho de que se tramite una subvención que nadie ha pedido-, lo que resulta es que Sotomayor no tiene interés alguno en Video U. En cambio, tienen participación Munar y Nadal, jefes de Sotomayor, que

adoptan las decisiones necesarias para que esas subvenciones se concedan a la empresa participada por ellos. Al fin, hay que concluir, que no se ha vulnerado la presunción de inocencia de la acusada; solo ocurre que ésta no reconoce su participación, situando su ignorancia sobre todo lo relativo a las tareas de gobierno de su departamento en términos inaceptables (pags. 61 y 62 de la sentencia), lo que contrasta con lo que otros coacusados señalan sobre el compromiso con la acusada Munar en las funciones de su cargo.

Bastaría con reproducir la argumentación de la sentencia para afirmar la existencia de la precisa actividad probatoria, que permitió a la sala de instancia concluir (Fundamento Jurídico Tercero) que: "La Sra. Munar y el Sr. Nadal, con sus decisiones arbitrarias conscientes de la arbitrariedad de las subvenciones y del destino de las mismas (Video U y Ona Mallorca), generaron el riesgo necesario para que se consumara el delito de malversación por el que habrán de ser calificados los hechos, peligro que desembocó en que el importe de las referidas subvenciones fueran a parar al Sr.Conde y a Video U, dato éste que no podían ignorar precisamente por su condición de socios de dicha entidad o de que iban a serlo, según habían convenido."

En definitiva, la afirmación sobre la participación en los hechos de la recurrente es racional y lógica, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo se articula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a **un proceso con todas las garantías, y a un juez imparcial,** en cuanto se ha vulnerado el **principio acusatorio.**

1. Para la recurrente se han vulnerado dichos derechos, en cuanto las dos partes acusadoras que sostuvieron la acusación, lo hicieron considerando que la Sra. Munar fue ***inductora***, al amparo del art 28, párrafo segundo, apartado a) de un delito continuado de *falsedad en documento oficial*, y otro, también continuado, de *fraude a la Administración*. A pesar de ello, la sentencia, condena a la recurrente: como ***cooperadora necesaria*** de un delito continuado de falsedad documental; y como *inductora* (en el fallo), pero considerando en la fundamentación jurídica de la sentencia, *cooperadora necesaria* del delito continuado de fraude a la Administración.Y ello, sin perjuicio de que la cooperación necesaria y la inducción no constituyen

títulos de participación homogéneos, conforme a reiterada jurisprudencia, tal como la STS 1357/2009, de 30 de diciembre.

Y, alegando indefensión y reclamando una sentencia absolutoria, precisa que:

a) Aunque las acusaciones atribuyen a la Sra. Munar una participación por inducción, en realidad el hecho probado recoge que la inducción es atribuible a la Sra. Sotomayor (pag. 22, sentencia) o al Sr. Conde (pag. 99), a pesar de ser condenados en el fallo como autores.

b) El Sr. Conde es considerado inductor en la pag. 99 de la sentencia, pero en el fallo se le condena como autor del delito de fraude.

c) La Sra. Munar es acusada de inductora, pero la sentencia refiere la inducción a la Sra. Sotomayor y al Sr. Conde, por lo que, vulnerando el principio acusatorio, la fundamentación jurídica describe (pags 99 y 100), que es cooperadora necesaria, y, luego, contradiciendo sus propios razonamientos, el fallo la condena como inductora.

2. Como tiene dicho esta Sala en sentencias como la nº 663/00, de 18 de abril, "aún cuando formalmente tuviera razón el recurrente, no basta la constatación de unos vicios procesales para que podamos decir que se ha producido una violación del derecho a la tutela judicial efectiva o del relativo a un proceso con todas las garantías del art. 24 CE.

Para ello es necesario que la violación procesal haya producido indefensión material en la parte que denuncia tales vulneraciones, porque de algún modo se hayan visto afectadas sus posibilidades de alegar o de probar en algún extremo concreto. Extremo concreto que la parte que denuncia estas violaciones tiene la carga procesal de precisar, para que el tribunal que haya de juzgar al respecto pueda valorar si realmente existió o no esa indefensión alegada. No basta con manifestar genéricamente que existió lesión del derecho de defensa".

En esta misma línea el TC en sentencia nº 62/98, de 17 de marzo, precisa que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúa al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos,

no basta con una vulneración meramente formal, siendo necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses afectados.

El Tribunal Constitucional ha declarado que forma parte del contenido del principio acusatorio el que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse. Asimismo ha precisado que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un "factum", sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos. El debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica (SSTC 12/1981, de 10 de abril, 95/1995, de 19 de junio , 225/1997, de 15 de diciembre , 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3; 228/2002, de 9 de diciembre, F.J. 5; 35/2004, de 8 de marzo; y 120/2005, de 10 de mayo, F.J. 5).

Principio acusatorio y derecho a la defensa están estrechamente entrelazados. Del citado principio se desprende la exigencia de que el imputado tenga posibilidad de rechazar la acusación que contra él ha sido formulada tras la celebración del necesario debate contradictorio en el que haya tenido oportunidad de conocer y rebatir los argumentos de la otra parte y presentar ante el Juez los propios, tanto los de carácter fáctico como los de naturaleza jurídica (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, F.J. 2; 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3); de manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia (SSTC 11/1992, de 27 de enero, F.J 3; 95/1995, de 19 de junio, F.J 2; 36/1996, de 11 de marzo, F.J. 4; 4/2002, de 14 de enero, F.J. 3).

Ese derecho prohíbe que en la sentencia se introduzcan sorpresivamente valoraciones jurídicas nuevas que la defensa no haya tenido ocasión de rebatir. También juega ese derecho cuando los puntos de vista jurídicos signifiquen una atenuación frente a los esgrimidos por las acusaciones, si esa calificación más benigna se aparta de la línea acusatoria desplegada

previamente; es decir si, ni siquiera implícitamente, estaba recogida en los escritos de acusación. Sucede esto cuando el delito objeto de condena no es homogéneo con el delito objeto de acusación. Si en la sentencia se cambia la calificación articulada por la acusación en términos que van más allá de un simple prescindir de algunos elementos de la acusación, y que introducen perspectivas nuevas, se frustraría el derecho a ser informado de la acusación: la defensa no habría tenido ocasión de combatir adecuadamente esa nueva valoración jurídica. En los casos en que el Tribunal considere que la subsunción correcta de los hechos de que se acusa es menos gravosa que la del Fiscal pero heterogénea, ningún obstáculo existe para hacer uso de la tesis prevista en el procedimiento abreviado en términos más flexibles que en el art. 733 de la LECr., para salvaguardar ese derecho de defensa y abrir la puerta a una condena más leve. En esta faceta, el planteamiento de la tesis queda totalmente desvinculado de su conceptuación como matización al principio acusatorio, apareciendo como una posibilidad que se confiere al Tribunal para hacer plenamente efectivos y compatibles los principios de justicia y de contradicción, fortaleciendo el derecho al necesario conocimiento previo de la acusación. Si no se hace uso de esas tesis atenuatoria por delito no homogéneo quebrará la debida congruencia entre acusación y sentencia y, lo que es más importante, habrá padecido en medida no tolerable el derecho a ser informado de la acusación.

Esta Sala ha recordado (Cfr.SSTS nº 1028/2009;nº 670/2013) que sobre los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías y a la defensa, en relación con el principio acusatorio en el ámbito de los juicios penales, el TC, en su sentencia 347/2006, de 11 de diciembre argumenta que: "nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio. A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral ,cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas (SSTC 12/1981, de 12 de abril; 104/1986, de 17 de julio; 225/1997, de 15 de diciembre; 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; y 33/2003, de 13 de diciembre).

Y al respecto también ha señalado esta Sala (Cfr. STS 24-9-2012, nº 706/2012) que la homogeneidad o heterogeneidad de delitos no es campo propicio para sentar dogmas. Es una materia que ha de resolverse casuísticamente: comprobando cada asunto concreto y huyendo de generalizaciones no matizables. Las

circunstancias singulares de cada supuesto condicionarán la solución. El criterio orientador básico será dilucidar si en el supuesto contemplado la variación del *titulus condemnationis* implica indefensión; si supone haber privado a las partes de alguna posibilidad de defensa. Cuando *in casu* se puede sostener con rotundidad que no existe disminución alguna ni del derecho a ser informado de la acusación ni de las posibilidades de haberse defendido, habrá que afirmar la legitimidad de esa modificación, lejos de fórmulas sacramentales o apriorísticas.

Lo decisivo tratándose del derecho a ser informado de la acusación, no ha de ser el ajuste mimético de la sentencia con la acusación, sino consideraciones más de fondo que lleven a indagar si ha habido menoscabo de las posibilidades de defensa por no haberse explicitado la acusación.

La muy reciente sentencia de esta Sala nº 670/2013, de 19 de julio, en un caso por malversación de caudales públicos y prevaricación administrativa, también procedente de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, donde también se objetaba la falta de homogeneidad entre la inducción y la cooperación necesaria, señaló que: "Sea cual fuere lo que se piense de la formulación de su petición al respecto por las acusaciones, es claro que los términos de la condena estaban claramente comprendidos en los de lo pedido por éstas. Y nada indica que la defensa hubiera experimentado perplejidad alguna acerca de la posición de las partes contrarias en la materia, ni que hubiera tenido alguna dificultad para alegar y razonar al respecto."

Y la sentencia, también de esta Sala -aunque anterior- nº 1357/2009, de 30 de diciembre, resolviendo igualmente recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, si concluyó que existía heterogeneidad entre el titulo de imputación efectuado por la acusación y el proclamado por la sentencia, lo hizo porque: " La conducta declarada probada para el recurrente no es la que responde a la categoría dogmática de partícipe inductor…quien hace nacer en otro una idea de contravención de la norma realizando el hecho delictivo…". De modo que: "el hecho probado no permite la subsunción en la inducción".

3. Siendo así, la alegación requiere el examen de las actuaciones del que resulta lo siguiente:

La sentencia de instancia en el comienzo de su fundamento de derecho décimo, como cuestión previa, aborda la cuestión, señalando que: "como podrá observarse, en algunos de los tipos penales la participación de los acusados ha podido verse modificada, con relación al título que fijaban las acusaciones para ello, mas en ningún caso ello supone un perjuicio al acusado y, entiende el Tribunal, que cabe dicha modificación sobre la base de la jurisprudencia que al respecto ha sentado el Tribunal Supremo (4 de febrero de 2009, 7 de mayo de 2003, 19 de febrero de 2001 ó 10 de noviembre de 1995). Viene a decir dicho Tribunal que en casos como el presente no existiría vulneración de las exigencias inherentes al principio acusatorio, en tanto que, el contenido de la acusación en cuanto a los hechos y en cuanto a su calificación jurídica determina los límites del proceso, de tal modo que la apreciación por el tribunal de un grado de participación inferior al de la acusación, puede acordarse libremente por el Tribunal sin necesidad de someter a debate tal transmutación calificadora, siempre que no se adopten en la resolución hechos distintos a los incluidos en las conclusiones de las partes acusadoras y que la sanción que se imponga no sea superior o por delito distinto que no fuere homogéneo, todo ello con el fin de no dejar indefenso al acusado ante hechos o peticiones de pena que no hubiera conocido con tiempo para defenderse adecuadamente."

Y por ello concluye el tribunal de instancia, diciendo que: "Este tribunal entiende que, en los casos en los que se modifica el título de participación, no reduciendo el grado del mismo -en tanto la sanción solicitada permanece incólume-, tampoco vulnera el derecho de defensa en su íntima conexión con el principio acusatorio por cuanto no se infringe la motivación que provocaría las referidas vulneraciones, esto es, hechos distintos a los contenidos en las conclusiones de las acusaciones, ni calificación jurídica diferente, ni sanción superior."

Por otra parte, no puede obviarse que en nuestro caso, tanto por las acusaciones, como por el tribunal de instancia, se realiza una calificación compleja, en la que -por lo que se refiere a la Sra. Munar-, se atribuye -como autora-, junto a un delito de *negociaciones prohibidas a los funcionarios*, un delito de *malversación continuada*, **en concurso** medial con los delitos continuados de *prevaricación, fraude a la Administración y falsedad en documento* oficial, para cuya punición la sentencia recurrida (FJ décimosegundo) toma en cuenta el delito más grave -el de ***malversación***-, cuya pena (entre los tres y los seis

años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años) es aplicada en su mitad superior (de cuatro años y seis meses a seis años de prisión).

4. Ciertamente, el tribunal de instancia fue plenamente consciente de que en algunos casos cambiaba el título de imputación de inducción -como pedían las acusaciones- a cooperación necesaria. De ello se queja la recurrente que se considera indefensa, si bien no especifica en qué particular aspecto de los hechos declarados probados no cubierto por los hechos narrados por la acusación no ha podido defenderse, ni tampoco en qué particular aspecto de la calificación jurídica de la Sala se ve perjudicada. Sabemos que la pena a imponer es la misma, y también que en esta materia es conveniente analizar los supuestos caso por caso, sin caer en generalizaciones de unas causas a otras, tal como la jurisprudencia señala.

La línea defensiva de la acusada recurrente consistía en negar tanto la inducción como la cooperación necesaria, (Ver páginas 17 y 18 de la sentencia). Sencillamente, la acusada negó su intervención delictiva en los hechos. La sentencia, sin embargo, considera probada la intervención de la acusada a lo largo de todo el curso de los hechos. Y en particular, en lo referente a las falsedades documentales cometidas para poder conceder las subvenciones a la empresa en la que participaba, el Tribunal atribuye su intervención como "cooperadora necesaria", es decir, como persona sin cuya actuación (en este caso, omisión, "vista gorda") con plena conciencia de que todo el expediente administrativo era una farsa, un mero instrumento para vaciar las arcas del Consell, en lugar de cómo "inductora" de los hechos que solicitaba el Fiscal. Cabe preguntarse donde está la indefensión material ocurrida en este caso en una acusada que ha negado que hubiera habido falsedad alguna; que lo negó en el Juicio; y que además lo niega en esta instancia. Hay que concluir que no ha habido indefensión alguna porque la sentencia traslada el comienzo de la acción criminal de la acusada en relación con el delito de falsedad en un momento posterior al que fijaba el Fiscal, al considerarla una partícipe necesaria en el delito de otro, a diferencia de las acusaciones que la consideraban generadora de la ideal criminal antes de que se cometiera el delito. La consecuencia penal es la misma, y naturalmente, la condición de "inductora" -si la Sala la hubiera considerado- no hubiera eliminado su intervención negativa, pasiva, omisiva, como cooperadora necesaria de dicho delito. Hubiera prevalecido la opinión de la Acusación pública y sin que ello hubiera tenido

afectación alguna en la pena la primera apreciación, ya que la acusación situaba la intervención de la acusada con anterioridad al comienzo de la acción delictiva; pero eso no supone negar en absoluto -no puede serlo en el relato fáctico que hace la Fiscalía y que hace la Sala- que la acusada no interviniera de otra forma en la comisión del delito.

Y si eso es así respecto del delito de falsedad, otro tanto y aún con mayor claridad cabe predicar en relación con el delito de fraude, respecto del cual la recurrente ha sido condenada por el delito y por el título de imputación que reclamaban las acusaciones, aunque hay un error -que denuncia el recurrente, aun sin precisar donde está la indefensión a su patrocinada- en la motivación de las razones por las cuales se le atribuye el delito en concepto de inductora.

En el caso concreto que examinamos no hay alteración relevante que haya sido hurtada a las posibilidades defensivas. La alegación de indefensión es meramente retórica o formal.

La acusada, hoy recurrente, tuvo en todo momento conocimiento de los hechos que le fueron atribuidos, así como de los delitos que se les imputó con base en aquéllos, pudiendo ejercer su derecho defensa puntualmente, pudiendo proponer y practicándose todas las pruebas que se entendieron pertinentes, existiendo identidad absoluta entre los hechos punibles descritos en los escritos de calificación, los debatidos en el juicio contradictorio y los declarados probados en la Sentencia de instancia, quedando, por tanto, descartada toda indefensión.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El tercer motivo se basa en **infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 432 del CP, por ausencia del objeto material del propio delito de Malversación de caudales públicos.

1. Considera la recurrente que en los hechos probados no se hace constar que los fondos públicos *se encontraban "a cargo de la Sra. Munar por razón de sus funciones"*. Aquéllos se limitan a relatar la condición de autoridad de la Sra. Munar, en cuanto Presidenta del Consell, sin que se especifiquen sus funciones específicas y la vinculación con los fondos públicos que se destinaron a las subvenciones, como datos de hecho necesarios para la descripción de los elementos objetivos del tipo penal. No

se han distribuido las funciones que corresponden a cada autoridad o funcionario, de acuerdo con el RO. del Consell de Mallorca de 2004, y art 9.2.f) de la L.8/2000. Debiendo tenerse presente que la estructura interna se plasmaba en el Decreto y conforme a él se elaboraban las agendas (aportadas como prueba) para el año siguiente.Y conforme al D. de 9-7-2003, cambia la estructura interna que se plasma en la agenda de 2004. Igualmente hay que contar con el D. de 17-5-2004. La presidencia del Consell se queda únicamente con el jefe de Protocolo y con la vinculación propia de la administración local de la Secretaría General. Y lo que hay que destacar es que la Dirección Insular de Comunicación siempre dependió funcionalmente de Vicepresidencia 1ª, y que fue Vicepresidencia 1ª la que disponía de una Secretaría Técnica y, por tanto, de control y decisión sobre las partidas presupuestarias que contenían los créditos de estas Direcciones Insulares. Ello explica que en el Plan Estratégico de Subvenciones para el año 2005, conste que las subvenciones promovidas por la Dirección insular de Comunicación se incluían en el departamento de Vicepresidencia 1ª y no en las tramitadas por Presidencia.

Igualmente se alega que las razones por las que la Sra. Munar firmó providencias o propuestas, relativas a la subvención ,no es por razón de tener atribuida la custodia de los fondos de la institución, sino por tratarse de un acto reglado, y, por tanto indisponible por razón del cargo, al corresponderle la firma de las Propuestas, procedentes de cualquier negociado o departamento, que debían elevarse al Pleno del Consell.

De cuanto antecede resulta que la Sra. Munar no realizó acto alguno de disposición de los fondos toda vez que *no se encontraba dentro de sus competencias* normativas la disposición de caudales públicos en lo concerniente a las subvenciones a que se refiere la sentencia.

Se ha producido, por tanto una inadecuada subsunción del hecho en el derecho, que debe conllevar el éxito del motivo formulado por infracción de precepto penal sustantivo.

2. El delito de Malversación de caudales públicos tiene como presupuestos: **a)** La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el CP, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública; **b)** una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el

primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material; c) los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la admón. Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y **d)** sustrayendo -o consintiendo que otro sustraiga-lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo (SSTS 98/1995, de 9 de febrero; 1074/2004, de 18 de enero). Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales (STS 310/2003, de 7 de marzo). Y siendo sólo posible la comisión dolosa (SSTS 248/2003, de 18 de febrero; 1544/2003, de 17 de noviembre), la malversación es compatible con el fraude del art 436, pues éste es un delito de mera actividad que se consuma con la concertación para defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales por este medio no pertenece a la perfección del delito de fraude, debiendo en tal caso sancionarse ambos delitos en relación de concurso medial (Cfr. STS 257/2003, de 18 de febrero).

Es más, como señala la STS 21-7-2005, nº 986/2005**,** el delito de malversación quiso tutelar no sólo el patrimonio publico sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, de las Comunidades Autónomas o de los Ayuntamientos, así como la confianza del publico en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen. De ahí que esta disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (SSTS. 31.1.96 , 24.2.95).

El tipo penal se consuma pues, -y esto merece ser especialmente destacado- con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativos adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del Órgano publico.

En conclusión, lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal

poder, en virtud de la función atribuida al ente publico, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la practica administrativa dentro de aquella estructura (SSTS. 30.11.94, 1840/2001 de 19.9). Tener a su cargo significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones (STS. 1368/99 de 5.10).

3. La sentencia de instancia en el apartado II del hecho probado segundo recoge que: "La ideación y el desarrollo de este plan provino obviamente, del principal interesado en ese momento, el Sr.Conde, y de la Sra.Sotomayor, Directora General de Comunicación del Consell Insular, por cuanto ambos eran conocedores de que la entidad Video U iba a estar participada por los acusados Nadal y Munar. Así, ésta última, convocó en su despacho oficial al Sr.Oliver y al Sr.Conde e, introduciendo al Sr.Oliver en la imposibilidad de que la radio explotada por el Sr.Conde pudiera recibir más dinero con cargo a los fondos públicos y para salvar los reparos opuestos por la intervención, propuso al Sr.Oliver que instase la solicitud de una subvención para poder obtener dichos fondos y, con ellos, satisfacer los requerimientos del Sr.Conde y, a su vez, obtener fondos para el Sr.Oliver o para la entidad Video U en la que, todavía, participaba en su gestión. Sobre la garantía de que el Consell accedería a la concesión de la subvención, la Sra.Sotomayor informó a Conde y a Oliver que lo comentaría con sus superiores con la seguridad de que estos aceptarían la propuesta.

Obviamente, la única vía administrativa, para el aseguramiento de la finalidad concertada por los acusados, era acceder a una subvención de concesión directa.

Y, así se hizo y se llevó a cabo con la conciencia y voluntad de los inmediatos superiores de la Sra.Sotomayor -Sr.Nadal y Sra.Munar-; por ello el 9 de agosto de 2004, la Presidenta del Consell de Mallorca dictó providencia solicitando a la intervención informe sobre las formalidades necesarias para el cumplimiento de determinadas obligaciones de gasto cuya imputación del gasto generado no había sido previsto en las partidas presupuestarias para el año 2004, o bien, no existía crédito suficiente para ello.

Dicha propuesta y el dictamen de intervención, al respecto elaborado -y en el que constaba la partida a la que se asignaría el gasto de Video U, bajo el concepto de "Patrocinio Programa Video U, S.A.", fue aprobado por el pleno ordinario del Consell de Mallorca el 13 de septiembre de 2004, en el que votaron a favor el Sr.Nadal y la Sra.Munar, no obstante el conflicto de intereses existente ya que ambos iba a ser socios de Video U como titulares del 50% de sus participaciones, y en el que se abstuvieron otros partícipes representantes de diferente partido político.

La subvención en cuestión no respondía a una necesidad real ni del departamento de comunicación del Consell de Mallorca, ni a un interés público, general o social -y, de cualquier manera, en la idea de los partícipes ya estaba asentada la consideración de que, de cualquier forma, la actividad subvencionada no iba a llevarse a cabo y en cualquier caso el destino de los fondos y su aplicación, fuera cual fuese su objeto no importaba en absoluto a los acusados Srs.Nadal y a la Sra.Munar atendido que sus destinatarios finales eran el Sr.Conde (OM) y el Sr.Oliver (Vídeo U), de modo que les resultaba indiferente si tales fondos eran destinados a la radio del Consell o a fines particulares, porque como conocedores de que el objeto de la subvención resultaba ilícito, ya que iba destinada a conceder fondos a una actividad ya subvencionada y que por eso se había denegado anteriormente, al concederse dicha subvención se favorecía su eventual defraudación, tal y como así finalmente ocurrió -. Todo el expediente administrativo de esta primera subvención -al igual que aconteció con la segunda- era una simple actuación administrativa para dar apariencia legal a una derivación de fondos públicos dependientes de la Conselleria en beneficio de los acusados Sr.Oliver y Sr.Conde o de terceros, cuya puesta en marcha provino precisamente de su arbitraria e ilegal concesión."

Y sigue señalando la sentencia que:

"El 9 de diciembre de 2004, la Presidenta del Consell de Mallorca firmó la propuesta de concesión de la subvención a Video U para el "Patrocinio del programa de radio Temps d ´esport". El 13 de diciembre de 2004, el Consell Executiu del Consell de Mallorca acordó aprobar el expediente de concesión de la subvención -con votación favorable de la Sra.Munar y del Sr.Nadal, ya socios de derecho de Video U-. En otro lacónico informe de la Sra. Sotomayor, el 22 de diciembre se informó favorablemente acerca de la ejecución de la actividad objeto de

la subvención, y de la presentación de los justificantes correspondientes a los gastos generados; y, el mismo día la Presidenta del Consell de Mallorca, Sra. Munar, firmó el decreto por el que se resolvió reconocer la obligación del Consell, por importe de 120.000 euros, a favor de Video U."

"El 18 de enero de 2005 el Pleno del Consell de Mallorca -con presencia y participación de la Sra.Munar y del Sr.Nadal- convalidó el decreto de reconocimiento de la obligación de pago a Video U."

Y la misma sentencia en el hecho probado tercero, hizo constar que: "Cumplimentada la fiscalización previa por la Intervención General el 18 de mayo de 2005, el día siguiente, María Antonia Munar, consciente de que era ficticio el programa, firmó la propuesta de concesión de la subvención nominativa a Video U S.A., que fue resuelta por acuerdo del Consell Executiu del Consell de Mallorca -con votos de la Sra.Munar y del Sr.Nadal- el 23 de mayo de 2005.

El mismo 26 de agosto, antes indicado la Presidenta del Consell firmó los correspondientes decretos de abono y reconocimiento de obligación. Tras la tramitación oportuna los fondos fueron transferidos a la cuenta corriente de Video U el 30 de septiembre de 2005."

4. Así pues, los hechos declarados probados narran la trama establecida alrededor de dos personas, la Presidenta y el Vicepresidente del Consell Insular, que toman parte en el accionariado de una empresa y que seguidamente consiguen que esa empresa reciba subvenciones de varios millones de euros, aunque aquí solo se enjuician las dos primeras, por importe de 240.000 euros. Naturalmente, nada de esto sería posible si la acusada no tuviera la posibilidad de conceder esas subvenciones porque no tuviera disponibilidad de estos fondos, pero eso no es verdad. Lo cierto es que en los hechos probados se hace constar que la acusada era la Presidenta del Consell; que solicitó a la intervención información sobre el proceso a seguir para subvencionar a la empresa sin partida presupuestaria aprobada al efecto (pag. 23 de la sentencia); que votó a favor de que se otorgase esa subvención: y que firmó la propuesta de subvención y el Decreto reconociendo la obligación del Consell, por importe de 120.000 euros, a favor de Video U. Es claro que la disposición de esos bienes, de acuerdo con el hecho probado era una de las atribuciones de la acusada, que ejerció sin vacilar. De

hecho, el artículo 9 de la Ley 8/2000, de 27 de octubre sobre Consejos Insulares, (BOE 279/2000, de 21 de noviembre) al referirse a las atribuciones y competencias del Presidente del Consell, en su párrafo m) dice:

"Desarrollar la gestión económica de acuerdo con el presupuesto aprobado; concertar las operaciones de crédito y autorizar los gastos cuando eso no sea competencia del Pleno; ordenar los pagos."

Y se contempla una amplia enumeración de preceptos en la normativa citada, referida a las obligaciones del Presidente del Consell, en relación con los caudales públicos de la institución. Es claro que la acusada tenía esos bienes a su disposición por razón de sus funciones. Por otra parte, el requisito de que el funcionario tenga los bienes a su disposición ha sido interpretado -tal como vimos- por el Tribunal Supremo en términos incluso más amplios respecto de que haya una norma que establezca esa competencia en el funcionario:

«El tipo penal se consuma, pues con la sola realidad dispositiva de los caudales por parte del agente, ya sea por disposición de hecho, ya sea por disposición de derecho, por lo cual no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativos adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del Órgano publico.

En conclusión, lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente publico, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la practica administrativa dentro de aquella estructura (SSTS. 30.11.94, 1840/2001 de 19.9). Tener a su cargo significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones (S. 1368/99 de 5.10).» (STS 2ª-21/07/2005-103/2004).

Ciertamente en los hechos probados de la sentencia de instancia, están todas las bases fácticas que sustentan la subsunción jurídica aplicada por el Tribunal. No olvidemos que en el hecho probado, a cuyo tenor literal ha de someterse el recurrente en la articulación del motivo, se parte de que la acusada conocía toda la trama que se había gestado para subvencionar a Video U. Es decir, que en el contexto del presente motivo, sostener que hay dudas de si las partidas contra las cuales se cargaron las subvenciones, dependían de la Presidencia o de la Vicepresidencia resulta un ejercicio estéril. Fue la Presidenta quien firmó los documentos determinantes del gasto, a sabiendas de que ese gasto iba a ir destinado a una entidad participada por ella sin que del gasto tuviera el Consell beneficio o contraprestación alguna. Esas firmas no son meramente actos reglados, ya que la acusada conocía perfectamente según el hecho probado que lo que firmaba era un fraude a la Administración. Y quien tenía que firmar era ella misma, no otro. Si no lo hacía, no había posibilidad de disponer de ese dinero. La recurrente sostiene en otro motivo que la acusada fue engañada. Pero obviamente, en el presente motivo eso no puede discutirse ya que hay que sujetarse al hecho probado.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- El cuarto motivo se configura **por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. **441** del CP, referente al delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos.

1. Se sostiene que no se encontraba dentro de la *competencia normativa* de la Sra. Munar la de decidir u otorgar la subvención, sino ejecutar de manera reglada, lo previamente decidido por el Pleno del Consell, por la Comisión de Gobierno y el Comité Ejecutivo. Por ello no concurre el elemento típico del tipo objetivo que la Sra. Munar haya intervenido en asunto de su competencia.

2. Ante todo hay que advertir, que aunque la recurrente combate la aplicación del art 441 CP, el precepto que aplica el tribunal de instancia (fº 67 y 68 a 73 de la sentencia), en concordancia con la calificación de la acusación pública y popular (fº 26 y 22 respectivamente, de sus correspondientes escritos) es el art **439** CP, el cual, en su redacción anterior a la reforma operada por la LO. 5/2010, de 22 de junio, castiga a "*la autoridad o funcionario público que, **debiendo informar**, 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".*

Y al respecto la sentencia de instancia explica en su fundamento jurídico quinto -de acuerdo con lo declarado probado en el *factum*- que en este delito "el sujeto activo es la autoridad o funcionario público, a efectos penales (24 CP), que deba informar por razón de su cargo en un contrato, asunto, operación o actividad.

Ha de existir un estricto deber de informar en el ejercicio de su cargo o funciones, y no sólo la posibilidad de hacerlo por parte del funcionario o la autoridad; es decir, que sea competente, al menos, genéricamente en un contrato, asunto, operación o actividad. Dicho deber debe venir impuesto por el ordenamiento jurídico en sentido amplio (principios jurídicos, práctica administrativa, órdenes legítimas de un superior jerárquico, acuerdos de órganos colectivos, disposición legal o reglamentaria...).

Respecto del término "informar", puede ser interpretado en sentido amplio como sinónimo de "enterar", "dar noticia de una cosa" o, en sentido estricto, como "emitir dictamen un cuerpo consultivo o persona competente.

Así, el término "informar" resulta más restrictivo que el antiguo término "intervenir" que manejaba el art. 401 del anterior código penal, pues se puede intervenir en un contrato de muchas maneras; en cambio, no ocurre lo mismo al revés, el que informa no interviene, normalmente, como parte decisoria. Sin embargo, dicha interpretación restrictiva del término "informar" no se compadece bien con los antecedentes históricos del indicado art. 401 ni con las exigencias político criminales; por todo ello, parece que, en realidad, lo que el legislador quiso era ampliar el círculo de autores del delito del art. 439 CP, no sólo a los funcionarios con competencia decisoria sino también a los que deben informar en un contrato."

E igualmente señala el tribunal *a quo*: "Que el delito de participación indebida en negocios o actuaciones de la autoridad o funcionario público consiste, como injusto típico, en el incumplimiento del deber de abstención del funcionario, con independencia de la efectiva repercusión de tal incumplimiento

en el proceso de motivación o decisión del funcionario -distinguiéndose así del delito de cohecho, en el que el funcionario pide u obtiene un beneficio encontrándose fuera del negocio y sin estar implicado en él-."

Y sigue indicando la sala de instancia que : "Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, se convendrá que el hecho del concierto de los acusados, por el que unos (Oliver, Rullán y Almiñana) se aseguraban el flujo de fondos públicos, provenientes de la corporación local que constituye el Consell Insular de Mallorca, para la prestación de servicios a ésta, a cambio de ceder participaciones sociales de la mercantil Video U S.A. (y su vinculada Bahía Difusión S.L) a dos de las autoridades que representaban, a su vez, los más altos cargos de la indicada corporación local y que, a su vez, pretendían con ello utilizar dicha sociedad para acudir a un concurso público de concesión de licencias de televisión local (que, de haber salido todo según lo previsto, les hubiera reportado un beneficio evidente de promoción y publicidad de ellos mismos, y del partido político al que representaban y, quizá, hasta un beneficio económico). A cambio, estos altos cargos, podían asegurar a los socios de la mercantil la obtención de fondos públicos, toda vez que, por razones del cargo, esas autoridades deberían informar y participar en la toma de decisión del destino de los fondos públicos del Consell de Mallorca y, con mayor autoridad, de aquellos que dependían de sus departamentos."

Y aun precisa que: "La consumación del delito de participaciones indebidas de funcionarios en negocios y actividades se produjo el 22 de noviembre de 2004, en el acto, celebrado bajo presencia notarial, de compraventa de las participaciones sociales de Video U S.A. por el Sr.Sard y el Sr.García como personas interpuestas y que ocultaban a sus verdaderos compradores, que no eran otros que el Sr.Nadal y la Sra.Munar. Pero no solo esta participación social determina la subsunción de los hechos en el tipo que examinamos, sino también las actuaciones administrativas llevadas a cabo por la Sra.Munar y el Sr.Nadal, al votar en el Pleno y en el Consell Executiu, así como con la firma en los decretos de concesión de subvención a favor de una sociedad de la que ambos eran socios."

Concluyendo que: "En cuanto al dolo directo para la realización de los elementos del tipo, éste fluye de manera natural desde su origen, esto es, el plan preconcebido por los acusados para,

aprovechando la función pública que desempeñaban dos de ellos, asegurarse todos los intereses particulares o privados, y en cualquier caso ajenos a la función pública, que perseguían. Y, ejemplo gráfico del dolo directo de los acusados, Sra.Munar y Sr.Nadal, en las negociaciones prohibidas lo constituye el hecho de que, conociendo como conocían que el régimen de incompatibilidad del cargo impedía participar en más de un 10% del capital social en entidades mercantiles que tuvieran que tratar con la Administración, amén de tener en cuenta la finalidad última que perseguían con dicha participación, cada uno de ellos eligió a una persona de su círculo íntimo personal para que figuraran, ante el tráfico jurídico, como titulares de sus participaciones en el capital social de la sociedad Video U."

3. Ha dicho esta Sala (Cfr STS 19-1-2001, nº 73/2001) que "el delito de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios se vertebra alrededor de un incumplimiento de deberes de abstención por parte del funcionario, como exigencia del deber de imparcialidad que debe exigirse a la Administración y por tanto a los funcionarios que actúan en su nombre, deber de imparcialidad que, no se olvide, aparece como uno de los elementos definitorios de la Administración Pública en el art. 103 de la Constitución.

Se está en presencia de un delito que forma parte de los llamados "delitos de infracción de deber" que evidencian singularmente la dimensión ética del sistema normativo de justicia penal en la medida que suponen la criminalización de un deber de naturaleza extrapenal por quien tiene una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico. El reconocimiento de esta clase de delitos se encuentra en el art. 11 del vigente Código Penal, definiéndose en la Parte Especial los concretos tipos delictivos previstos, entre los que podemos citar los propios delitos de omisión, algunos societarios como el de competencia desleal del art. 295 así como el delito ahora examinado del art. 439.

Como ya se ha dicho, el tipo penal del art. 439 sanciona la instrumentalización que un funcionario efectúa del cargo que ostenta, para obtener un aprovechamiento o ventaja particular, quebrantando un específico deber de abstención, de no intervenir privadamente en aquello en lo que debe intevenir por razón del cargo. Evidentemente debe ser objeto de prueba la condición de funcionario y que dentro del ámbito de su competencia deba informar -el tipo penal precisa "debiendo informar", por lo que

ni siquiera exige la realidad del informe- en un negocio y que en esa situación intente el beneficio.

El tipo se vertebra por la concurrencia de dos elementos: a) la presencia de un funcionario que además deba intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad y b) el aprovechamiento de las funciones que al sujeto activo le corresponden, para forzar o facilitar cualquier forma de participación directa o indirecta, es decir para obtener cualquier ventaja o beneficio que no debe ser solo económico, pudiendo estar constituido, como se reconoce en la sentencia de 14 de Mayo de 1994 por "cualquier otra compensación privada".

En definitiva se trata de una clara instrumentalización del cargo que ostenta el funcionario a través del cual trata de obtener algún aprovechamiento o ventaja particular. Es precisamente el reproche claramente moral que tal actuación despierta en la Sociedad el que aparece tipificado y constitutivo del delito por lo que, a la postre el reproche jurídico coincide con el moral. Por ello el delito se vertebra sobre el quebrantamiento del deber de abstención, no exigiéndose para la consumación ni la existencia de lesión efectiva para la Administración, ni que el beneficio intentado sea injusto, o que se obtenga efectivamente el beneficio o ventaja, ni siquiera que se persiga la adopción de un acto ilegal por parte de la Administración -Sentencia de 17 de Julio de 1998 y las en ella citadas-. Se trata de un reproche jurídico que descansa sobre un fondo moral o ético, porque como recuerdan las Sentencias de esta Sala -30 de Octubre de 1993 , 8 de Febrero de 1994 y 14 de Mayo del mismo año- el injusto de este delito se centra en"....el interés de la Administración Pública, más moral que patrimonial en preservar la integridad y rectitud del funcionario al resolver....", o incluso"....la moralidad en la actuación del funcionario público....". Por ello, basta que el funcionario se inmiscuya para lograr un beneficio. Se está en presencia de un delito de mera actividad y por tanto de consumación anticipada por lo que es difícil la producción de formas imperfectas, y todo ello porque la lesión a la credibilidad e imparcialidad de la actuación pública se lesiona con el solo intento del funcionario de obtener prevaliéndose del cargo y en razón del mismo, de alguna ventaja".

Por lo tanto, es compartible el basamento ético y de infracción del deber de fidelidad y abstención que reconoce la sentencia recurrida. Ello no obstante hay que tener en cuenta, las

resoluciones de esta Sala, conforme a las cuales no resulta aceptable la interpretación amplia que la de instancia atribuye a la expresión "***informar***".

En efecto, hemos dicho también en **STS 5 -2-2001, rec. 2421/1999,** que: "El tipo de delito del art. 439 CP viene conformado por los siguientes elementos:

1º. Nos encontramos ante un delito especial, es decir, un delito que sólo pueden cometer las personas en las que concurre alguna determinada condición, concretamente en el caso el sujeto activo del delito ha de ser la autoridad o funcionario público que tenga el deber de informar por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad. Para poder actuar como autor en sentido estricto de este delito ha de reunirse una doble condición:

1ª. Ser autoridad o funcionario público.

2ª. Que por el cargo concreto que desempeñe tenga deber de informar en cualquier clase de asunto.

En los expedientes administrativos intervienen o pueden intervenir varias clases de funcionarios o autoridades: por ejemplo, quienes actúan en el trámite burocrático dando curso al procedimiento, quienes lo resuelven y también quienes han de informar antes de la resolución que les pone fin. El legislador ha querido que ***únicamente estos últimos sean los que pueden cometer este delito, no los demás.***

Puede extrañar que sean castigados por este delito quienes han de informar y no quienes han de resolver. Pero ello es así conforme al texto de la ley, y el principio de legalidad impide aplicar el tipo penal a conductas análogas, incluso aunque pudieran reputarse como más merecedoras de la sanción establecida en la ley.

Conviene añadir aquí que el deber de informar al que se refiere este art. 439 puede venir impuesto por la ley o por otra disposición general de rango inferior, y también por el modo de actuar concreto en el organismo de que se trate conforme a sus propias normas internas. Incluso puede ocurrir que quien haya de resolver también tenga que informar, como sucedería cuando el órgano decisor sea de carácter colegiado y uno de sus miembros

tenga que informar a los demás sobre la resolución a adoptar o sobre alguno de sus extremos.

1º. En cuanto al primer requisito, este artículo 439 es más estricto que el 401 del CP anterior al que ha venido a sustituir, pues este último sólo exigía al sujeto activo la cualidad de funcionario.

2º. Esta autoridad o funcionario, que tiene el deber de informar en cualquier clase de asuntos, ha de participar, directamente o por persona interpuesta, en un negocio o actuación que sea de aquellos en los que como funcionario o autoridad tiene el deber de informar. Es decir, ha de intervenir como particular en un asunto de la clase de aquellos en que por su cargo público tenía el deber de informar.

Respecto de este segundo elemento, parece que pudiera existir una equivalencia entre lo aquí dispuesto y lo dicho en el art. 401 CP derogado que hablaba del funcionario público que "directa o indirectamente se interesare en cualquier clase de contrato en que debe intervenir por razón de su cargo".

3º. Hay un tercer elemento que no aparecía en el art. 401 CP anterior: que haya habido un aprovechamiento de esa circunstancia de deber informar por razón del cargo para forzar o facilitarse esa participación como particular. Ha de utilizarse tal circunstancia (tener que informar como instrumento para obtenerse esa participación en el asunto a título particular). Ha de existir una actuación concreta del funcionario o autoridad por medio de la cual, prevaliéndose de que tiene que informar en el correspondiente expediente administrativo, obtenga, por algún procedimiento coactivo o sin coacción alguna (forzar o facilitarse), esa participación en el asunto como particular. Véanse las sentencias de esta Sala de 28.12.99 y 27.11.2000 .

Pues bien, en el caso concreto sólo concurre el segundo de los elementos referidos, porque efectivamente, el alcalde, como autoridad primera del Ayuntamiento, intervino en los expedientes de adjudicación de obras o suministros a favor de "C., S.L." de la que era partícipe y administrador.Respecto del primero, no consta que el alcalde en esos expedientes en que estaba interesada "C., S.L." tuviera deber de informar. Sólo aparece que intervino en los organismos que realizaron las correspondientes adjudicaciones de obras o suministros e incluso

que hizo pagos con el dinero municipal a la empresa que regentaba.

Así pues, no existió en el caso el delito del art. 439 CP, por más que los hechos pudieran ser contrarios a la ética pública, al estar el alcalde interesado en negocios particulares en los que intervino como autoridad municipal. Pudo existir una incompatibilidad entre su actuar como alcalde y como administrador de "C., S.L.", así como una infracción de su deber de abstención como autoridad, con alguna relevancia jurídica fuera del ámbito penal".

Por su parte, la STS 16-5-2001, nº 920/2001, señala que :"El motivo, exige una reflexión sobre el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios y las modificaciones sufridas por el tipo penal en relación al anterior Código Penal -art. 401 - y al actual -art. 439 -. Si bien es cierto que en la sentencia de esta Sala de 26 de diciembre de 1996 se afirma que la definición del actual art. 439 es equivalente a la del antiguo art. 401, tal vez sea hora de revisar tal afirmación en la línea de lo declarado, también, por la sentencia de esta Sala núm. 1826/99 de 28 de diciembre E. Según esta, son apreciables algunas diferencias de descripción de la conducta punible y de otra índole, así desde el punto de vista sistemático el delito del art. 401 del anterior Código Penal se incluía en los fraudes y exacciones ilegales, en tanto que en el vigente Código Penal pasan a integrar el capítulo relativo a negociaciones prohibidas a los funcionarios.

Sin duda de mayor calado es la distinta descripción de la acción típica estimada punible, ya que si el art. 401 se refería al funcionario público que"....***se interesase*** en cualquier clase de contrato u operación en el que daba intervenir por razón de su cargo....", en el vigente art. 439 , la acción se refiere a la autoridad o funcionario público"....que debiendo informar por razón de su cargo.... se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar....". La comparación de los dos textos permite concluir en una reducción del tipo operada en el vigente Código pues si en el art. 401, la expresión "se interesase" supone una expresión más amplia y genérica de la idea de instrumentalización del cargo como medio para obtener la participación, siendo más difusa la idea de obtención de beneficio o ventaja, en el actual art. 439 los elementos que integran el tipo, partiendo del origen común de tratarse el sujeto activo de autoridad o funcionario se exige además:

a) Que dicha autoridad o funcionario deba informar en cualquier clase de asuntos por razón de su cargo, debiéndose notar que ***el término "informar" es más preciso y concreto*** que el de "interesarse".

b) Que con una clara puesta a disposición de sus intereses particulares de las ventajas que le concede su condición pública, aproveche tal circunstancia para"....forzar o facilitar cualquier forma de participación....", lo que pone de manifiesto una clara instrumentalización del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública para en asunto público en el que deba informar, obtenga un interés particular.

Las sentencias de esta Sala de 1586/2000 de 17 de octubre, de 27 de noviembre, y 127/2001 de 5 de febrero, acordaron la absolución de tres Alcaldes precisamente por no aparecer descrita en la acción la obligación que tenían de informar, cuestionando que, precisamente por ello, el Alcalde pueda ser sujeto activo de este delito en cuanto que sus funciones son ejecutivas y no de asesoramiento. Sin duda puede ser llamativa esta reducción querida por el Legislativo. Desde estas reflexiones, debemos analizar la acción descrita en los hechos probados, la que resulta intangible para esta Sala dado el cauce casacional del motivo que se estudia, ni en los hechos probados resumidamente expuestos, ni en la fundamentación aparecen datos que permitan afirmar que para la adjudicación hubiese mediado previo informe del recurrente y que a través de éste se hubiera enderezado en adecuado nexo de causalidad, la adjudicación de las obras a la empresa citada. Más aún, en el propio "factum" se reconoce que la adjudicación fue debida a contener la plica más ventajosa económicamente por el Ayuntamiento. Como se afirma en las sentencias de esta Sala núm. 1586/2000 de 17 de octubre y 1823/2000 ya citadas, sí se constata una falta de ética pública en el recurrente que debió abstenerse de intervenir en esa operación, pero esta 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, sin que en virtud del principio de legalidad pueda ser ampliado analógicamente a conductas no descritas. Dicho de otra manera, la ilicitud 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, y esta situación es cabalmente la ahora analizada.

En efecto en el presente caso está ausente la nota del informe que exige el tipo, así como la idea de forzamiento o facilitación para obtener ventaja particular de la instrumentalización del cargo público, siendo consecuencia de ello la absolución del recurrente con estimación del recurso".

La STS 22-10-2001, nº 1871/2001, en la misma línea razona que: "Sin duda de mayor entidad es la distinta descripción de la acción típica estimada punible, ya que si el art. 401 se refería al funcionario público que".... se interesase en cualquier clase de contrato u operación en el que daba intervenir por razón de su cargo...", en el vigente art. 439 , la acción se refiere a la autoridad o funcionario público".... que debiendo informar por razón de su cargo... se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitar...". La comparación de los dos textos permite concluir en una reducción del tipo operada en el vigente Código , pues si en el art. 401 , la expresión "se interesase" supone una expresión más amplia y genérica de la idea de instrumentalización del cargo como medio para obtener la participación, siendo más difusa la idea de obtención de beneficio o ventaja, en el actual art.439 los elementos que integran el tipo, partiendo del origen común de tratarse el sujeto activo de autoridad o funcionario se exige además, según una ya consolidada doctrina de esta Sala, pues además de la citada sentencia de este año, las de 17 octubre y 27 noviembre de 2000 , y la de 5 febrero de 2001 , requiere los siguientes requisitos:

a) Que dicha autoridad o funcionario deba informar en cualquier clase de asuntos por razón de su cargo, debiéndose notar que el término "informar" es más preciso y concreto que el de "interesarse".

b) Que con una clara puesta a disposición de sus intereses particulares de las ventajas que le concede su condición pública, aproveche tal circunstancia para"... forzar o facilitar cualquier forma de participación...", lo que pone de manifiesto una clara instrumentalización del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública para en asunto público en el que deba informar, obtenga un interés particular.

Puede resultar extraño que se sancionen por este delito a quienes han de informar y no quienes han de resolver. Sin embargo conforme a la dicción de la ley y el principio de legalidad, es imposible aplicar el tipo penal a conductas análogas, incluso

aunque pudiera estimarse como más merecedores de dicha condena."

La STS de 13-11-2002, nº 1887/2002, señala que: "El hecho probado del que debe partirse en la impugnación refiere que el acusado, Alcalde de la localidad cacereña de... era, al tiempo, agente de seguros de la compañía "Seguros M.", percibiendo una comisión por los seguros contratados por su intervención."A través del acusado el consistorio tiene contratados con "Seguros M." dos seguros", uno se accidentes de los miembros de la corporación municipal y otro del ramo de automóviles para un vehículo municipal, por lo que en los últimos cinco años ha percibido, como comisiones, un total de 111.946 pesetas.

El motivo debe ser estimado. El tipo penal del art. 439 del Código penal de 1995 presenta una redacción típica ciertamente novedosa con relación a su antecedente en el artículo 401 del anterior código penal . Frente a una estructura de delito de resultado, cuyo objeto era el beneficio económico obtenido sobre el que se imponía la pena, la actual redacción del art. 439 refiere una conducta típica de mera actividad. Es un delito especial, pues sujeto activo del delito será la autoridad o el funcionario público, pero no cualquiera, ***sino aquel "que deba informar".*** Al describir al sujeto activo del delito el art. 439 lo determina con la expresión "La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad", expresión que limita la autoría del delito a los funcionarios ***que emiten informes*** en relación con la contratación realizada por el organismo en el que trabajan, quedando fuera otros funcionarios relacionados con la contratación. No se trata, como afirma la acusación particular en la impugnación del motivo, del deber de información, en este caso, del Alcalde a los concejales del Ayuntamiento, sino del ***deber de los funcionarios técnicos cuando asesoran con sus informes a los órganos de decisión.***

El núcleo central de la conducta típica consiste en "aprovecharse de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación", de la que resulta que debe acreditarse que el acusado se aprovechó de su condición de Alcalde, y que actuó con la finalidad de forzar o facilitarse una participación en el contrato que ha informado. El error en la subsunción declarado determina su absolución del delito por el que ha sido condenado."

4. En el caso que nos ocupa, los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, por lo que se refiere a la recurrente **Sra. Munar**, proclaman que: "Así esta última, convocó en su despacho oficial al Sr.Oliver y al Sr.Conde e, introduciendo al Sr.Oliver en la imposibilidad de que la radio explotada por el Sr.Conde pudiera recibir más dinero con cargo a los fondos públicos y para salvar los reparos opuestos por la intervención, propuso al Sr.Oliver que instase la solicitud de una subvención para poder obtener dichos fondos y, con ellos, satisfacer los requerimientos del Sr.Conde y, a su vez, obtener fondos para el Sr.Oliver o para la entidad Video U en la que, todavía, participaba en su gestión. Sobre la garantía de que el Consell accedería a la concesión de la subvención, la Sra.Sotomayor informó a Conde y a Oliver que lo comentaría con sus superiores con la seguridad de que estos aceptarían la propuesta.

Obviamente, la única vía administrativa, para el aseguramiento de la finalidad concertada por los acusados, era acceder a una subvención de concesión directa.

Y, así se hizo y se llevó a cabo con la conciencia y voluntad de los inmediatos superiores de la Sra.Sotomayor -Sr.Nadal y Sra.Munar-; por ello el 9 de agosto de 2004, la Presidenta del Consell de Mallorca dictó providencia solicitando a la intervención informe sobre las formalidades necesarias para el cumplimiento de determinadas obligaciones de gasto cuya imputación del gasto generado no había sido previsto en las partidas presupuestarias para el año 2004, o bien, no existía crédito suficiente para ello.

Dicha propuesta y el dictamen de intervención, al respecto elaborado -y en el que constaba la partida a la que se asignaría el gasto de Video U, bajo el concepto de "Patrocinio Programa Video U S.A.", fue aprobado por el pleno ordinario del Consell de Mallorca el 13 de septiembre de 2004, en el que votaron a favor el Sr.Nadal y la Sra.Munar, no obstante el conflicto de intereses existente ya que ambos iba a ser socios de Video U como titulares del 50% de sus participaciones, y en el que se abstuvieron otros partícipes representantes de diferente partido político."

"El 9 de diciembre de 2004, la Presidenta del Consell de Mallorca firmó la propuesta de concesión de la subvención a Video U para el "Patrocinio del programa de radio Temps d ´esport". El 13 de diciembre de 2004, el Consell Executiu del

Consell de Mallorca acordó aprobar el expediente de concesión de la subvención -con votación favorable de la Sra. Munar y del Sr. Nadal, ya socios de derecho de Video U-. En otro lacónico informe de la Sra.Sotomayor, el 22 de diciembre se informó favorablemente acerca de la ejecución de la actividad objeto de la subvención, y de la presentación de los justificantes correspondientes a los gastos generados; y, el mismo día la Presidenta del Consell de Mallorca, Sra.Munar, firmó el decreto por el que se resolvió reconocer la obligación del Consell, por importe de 120.000 euros, a favor de Videu U."

"El 18 de enero de 2005 el Pleno del Consell de Mallorca con presencia y participación de la Sra. Munar y del Sr. Nadal convalidó el decreto de reconocimiento de la obligación de pago a Video U."

5. Dejando aparte la errónea cita del precepto penal sustantivo infringido, hay que dar la razón a la recurrente, dados los hechos probados transcritos, en cuanto que la jurisprudencia de esta Sala ha reconocido que el legislador ha querido que únicamente los funcionarios, o autoridades, a cuyo cargo estuviera el deber de ***informar*** sean los que pueden cometer este delito, no los demás. Como hemos visto, la expresión limita la autoría del delito a los funcionarios ***que emiten informes*** en relación con la contratación realizada por el organismo en el que trabajan, quedando fuera otros funcionarios relacionados con la contratación. No se trata, del deber de información de los miembros de un órgano de decisión respecto al resto de componentes, sino del ***deber de los funcionarios técnicos cuando asesoran con sus informes a los órganos de decisión.***

En nuestro caso, la Sra. Munar, tuvo una actuación distinta a la exigida por el tipo. Como Presidenta del Consell Insular, dice el *factum*, dictó *providencia solicitando* a la intervención "informe*;"votó* en el Pleno *la aprobación* de la propuesta y dictamen de la intervención en el que constaba la partida a la que se asignaría el gasto de Video U ; así como después la concesión de la subvención, *firmando* finalmente *el decreto,* por el se resolvió reconocer la obligación del Consell, por importe de 120.000 euros, a favor de Vídeo U.

El desvalor de su conducta con su basamento ético y de infracción del deber de fidelidad y abstención que reconoce la sentencia recurrida queda, sin duda comprendido en el tipo de prevaricación apreciado, que se considera en el motivo siguiente.

Por todo ello, el motivo presente ha de ser estimado.

QUINTO.-El quinto motivo se articula **por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. **404** del CP, en relación con el delito de Prevaricación administrativa.

1. La recurrente señala que el delito imputado es un delito de infracción de deber propio y de propia mano consistente en el dictado de una resolución administrativa injusta a sabiendas. Conforme se desprende del relato de hechos, la acusada no ha dictado resolución administrativa, en su acepción jurídico-penal, ni resolución injusta merecedora de reproche penal.

Considera la recurrente que la descripción del relato de hechos probados es insuficiente para alcanzar la condena de la acusada, toda vez que el relato fáctico no describe la totalidad de los presupuestos típicos del delito de prevaricación administrativa. Considera que los actos realizados por la acusada no son resoluciones en sentido jurídico penal en relación con ninguna de las dos subvenciones concedidas; y que además, dichas resoluciones -de haberlas- no son injustas al no desprenderse ese extremo del relato de hechos probados. Indica que la Sala de instancia "prescinde de la concreción de los elementos fácticos que permiten calificar la resolución como injustas desde el punto de vista objetivo, con independencia de que los fines, según la tesis de la acusación, pudiera resultar ilícitos". Considera que los expedientes resultan conforme a derecho, y que las adjudicaciones también lo fueron, en ambos expedientes.

La propuesta de modificación de créditos, de concesión y aprobación de expediente de subvención y la elevación de aquellas propuestas para su aprobación de expediente de subvención y la elevación de aquellas propuestas para su aprobación por el Pleno no son resoluciones que deciden sobre el fondo de la cuestión, sino actuaciones previas preparatorias de aquella decisión final sin contenido ejecutivo en relación con la subvención solicitada. Las únicas resoluciones que pudieran tener encaje en el tipo son las del Pleno del Consell, en el que participaron los representante de los partidos políticos, ninguno de los cuales votó en contra de la aprobación de las subvenciones.

Circunstancias como las expresadas en los hechos, como la referencia errónea al patrocinio y no a subvención, la solicitud de

subvención de forma directa sin justificación reforzada, todo ello son cuestiones que deben dilucidarse en la vía administrativa, pero no constituyen un actuación arbitraria en el sentido del tipo penal, ni tampoco insostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley.

2. Este Tribunal ha dicho (Cfr. STS 21-10-2004, nº 1223/2004), que la doctrina, y la jurisprudencia de esta Sala siguiendo la dicción legal del precepto, exige que se encuentren presentes tres requisitos para que se entienda cometido el delito:

A) Que el agente del delito sea autoridad o funcionario público ex art. 24 CP (delito especial propio).

B) Que dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo. Es decir no sólo no adecuada a derecho sino, en modo alguno defendible con argumentos jurídicos razonables.

C) Que lo haga a sabiendas de su injusticia.

También esta Sala ha advertido -STS de 7-1-03 - de la dificultad que comporta la delimitación de la línea fronteriza entre la ilicitud administrativa y la penal, y que con la Jurisdicción penal no se trata de sustituir, desde luego, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor revisora y de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos límite en los que la posición de superioridad que proporcionaba el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la autoridad o funcionario, perjudicando al ciudadano afectado o a los intereses generales de la Administración Pública en un injustificado abuso de poder.

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.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la

patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así, en efecto, de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/96 , o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, (STS de 16-5-1992, núm. 773/1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

En todos estos casos (STS de 2-4-03, nº. 504/2003), es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermeneútico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

Y, como nos recuerdan otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, se viene a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa, (SSTS de 23-5-1998, núm. 1/1998; de 4-12-1998; núm. 766/1999, de 18 mayo y núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable."

Las recientes sentencias de esta Sala, nº 228/2013, de 22 de marzo, y nº 411/2013, de 6 de mayo, se refieren a los requisitos que deben concurrir para que pueda afirmarse la existencia del delito de prevaricación y así señalan que en definitiva será necesario:

En primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto, y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Como se dice en la STS. 723/2009 de 1.7, recogiendo la doctrina de la STS. 939/2003 de 27.6, según el Diccionario de la Real Academia Española, resolver es "tomar determinación fija y decisiva". Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre

el fondo del asunto en cuestión. La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando, por tanto, determinadas exigencias de garantía. Normalmente, puesto que el acto resolutivo es vehículo de una declaración de voluntad, habrá estado precedida de otras actuaciones dirigidas a adquirir conocimiento sobre el thema decidendi. Estas actuaciones, que pueden ser informes, propuestas, etc., son preparatorias de aquella decisión final. Es frecuente que se hable de ellas como "actos de trámite", lo que no quiere decir que carezcan en absoluto de todo contenido decisorio, puesto que, la realización de cualquier acto, que no fuera inanimado, exigirá previamente una determinación al respecto del sujeto que lo realice. Lo que ocurre es que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto. Así es, desde luego, en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) impone a la Administración la obligación de "dictar resolución expresa en todos los procedimientos" (art. 42,1). Y en su art. 82,1, afirma que "a efectos de resolución del procedimiento, se solicitarán (...) informes". Por último, y para lo que aquí interesa, el art. 87, trata de "la *resolución*" como una de las modalidades de finalización del procedimiento. Y el art. 89, relativo al "contenido" de las resoluciones administrativas, dice que la resolución "*decidirá* todas las cuestiones planteadas" y que la decisión "será motivada". A tenor de lo expuesto, es patente que *el término legal "resolución*" del art. 404 C. Penal debe ser integrado acudiendo a la normativa a que acaba de aludirse; que es la que rige en el sector de actividad estatal en que se desarrolla la actuación de autoridad (es o funcionario(s) público(s)", que son las categorías de sujetos contemplados como posibles autores del delito -especial propio- de que se trata. Por otra parte, abunda en idéntica consideración el dato de que el mismo precepto que acaba de citarse exige que la resolución, además de "*arbitraria*", para que pueda considerarse típica, haya sido dictada *"a sabiendas de su injusticia*". De donde se infiere que la misma deberá estar dotada de cierto contenido material. Tal es el sentido en que se ha manifestado la jurisprudencia de esta sala, en sentencias de obligada referencia, como son las de 24 de junio de 1994 y de 17 de febrero de 1995, de las que resulta que a los efectos del actual art. **404** C. Penal , "resolución" es un acto de contenido decisorio, que resuelve sobre el fondo de un asunto, con eficacia ejecutiva. Y también el de la de num. 38/1998, de 23 de enero, que reserva ese concepto

para el "acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados", considerando al respecto que o esencial es que tenga "un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración. Ahora bien también hemos recordado que por resolución debe entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno (SSTS. 38/98 de 29.1, 813/98 de 12.6, 943/98 de 10.7, 1463/98 de 24.11, 190/99 de 12.2, 1147/99 de 9.7, 460/2002 de 16.3, 647/2002 de 16.4, 504/2003 de 2.4, 857/2003 de 13.6, 927/2003 de 23.6, 406/2004 de 31.3, 627/2006 de 8.6, 443/2008 de 1.7, 866/2008 de 1.12).

Sobre el alcance el elemento subjetivo "*a sabiendas de su injusticia*" que se recoge en el artículo 404 del Código Penal ,esta Sala también se ha pronunciado . Así, en la Sentencia 228/2013, de 22 de marzo, se declara que es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución. De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7)

3. Y esto es lo que ha ocurrido en el caso de autos, tal como relata el "factum" de la sentencia recurrida , y argumenta la Sala de instancia. Parece que la recurrente considera que unos expedientes administrativos, dirigidos fundamentalmente a enriquecer el patrimonio de los dos máximos dirigentes del Consell insular, son actuaciones "conforme a derecho". Da la

impresión que se fija en que todos los trámites se hayan seguido, en que no falte ningún informe, que se hayan cumplido los requisitos formales. Y con eso, el expediente se ha realizado "conforme a derecho". Poco repara la recurrente en que están acusados y condenados de prevaricación todos aquellos que cumplieron los requisitos formales sabiendo que el expediente no tenía ningún otro objetivo que distraer fondos públicos en beneficio de varios acusados a través de la sociedad que participaban. Quienes tenían el control del dinero público, y por tanto, quienes estaban en condición de decidir la mejor aplicación del dinero de todos, optan -de manera formalmente irreprochable- por sustraerlo. Y esa decisión de sustraer el dinero no es "injusta" ni "arbitraria" para la recurrente. No podemos admitirlo. Si el bien jurídico protegido del delito consiste en preservar la obligación de la Administración de actuar con objetividad al servicio de los intereses generales, nada hay más contrario a esa obligación constitucional que la conducta de los acusados, y en particular de la acusada recurrente.

Los hechos probados de la sentencia hacen constar que "todo el expediente administrativo de esta primera subvención -al igual que aconteció con la segunda- era una simple actuación administrativa para dar apariencia legal a una derivación de fondos públicos dependientes de la Consellería en beneficio de los acusados Sr. Oliver y Sr. Conde o de terceros, cuya puesta en marcha provino precisamente de su arbitraria e ilegal concesión". Concesión ilegal y arbitraria dice el hecho probado y s repite varias veces a lo largo del cuerpo de la sentencia (pags. 63, 86 y 87). La decisión de conceder la subvención (no los trámites para ello) desborda la legalidad -hasta el punto de ser el instrumento para un delito de malversación de caudales públicos- "de modo flagrante y clamoroso" (SSTS 16/5/92, 20/4/95, 27/1/98 entre otras). Toda la tramitación del expediente era prevaricadora, porque el expediente fue incoado para delinquir. Por eso, en este contexto, referirse a la corrección del expediente administrativo, que en condiciones de legalidad ha de estar orientado al cumplimiento de los fines legítimos de la Administración y que en el presente caso se incoó para defraudar, es inaceptable. En ese expediente, como señala la sentencia, la acusada tuvo además una intervención decisiva en varios momentos diferentes. Incluido el momento del cierre, constituido por el Decreto de abono a Video U de las subvenciones concedidas.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO. El sexto motivo se funda en **infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. **436** del CP, en relación con el delito de Fraude a la Administración.

1. Se sostiene que la sentencia recurrida condena a la recurrente como "inductora" de un delito de fraude a la Admón., cuya autoría atribuye a la Sra. Sotomayor. Este pronunciamiento respeta el principio acusatorio, como se advirtió en el segundo motivo. Sin embargo en la fundamentación jurídica (pag 99) se la considera responsable como *cooperadora* necesaria" del mismo delito. Y al margen de ello, ni la inducción ni la cooperación necesaria son explicadas en la sentencia recurrida, no conteniendo el hecho probado ningún dato de hecho sobre el aporte objetivo que hubiera realizado la Sra. Munar a la ejecución del hecho definido en el tipo penal (el concierto para defraudar) que se atribuye a la Sra. Sotomayor.

2. Es innegable que la sentencia a la hora de establecer una fundamentación sobre la intervención de la acusada Munar, considera a la misma cooperadora necesaria, si bien la acusación y más tarde el fallo se inclinan por entender su intervención como de inductora. Desde luego ello no es una cualidad en la sentencia, pero ya vimos más arriba que no hay razones para entender que se ha vulnerado el principio acusatorio y que no se ha causado indefensión a la recurrente. En el presente caso, lo que se considera en la impugnación, articulada por la vía del art. 849.1 de la LECr., es que no hay bases en los hechos probados para entender que la acusada intervino como inductora del delito de fraude a la administración tipificado en el art. 436 del Código Penal.

3. En cuanto al tipo aplicado, el art 436, en su redacción vigente en la época de los hechos, antes de la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de julio, que ha añadido el castigo del particular, establece que: "*La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años*".

Así pues la acción típica consiste en el ***concierto***, esto exponerse de acuerdo con los *interesados* o especuladores, por lo que no basta la mera solicitud o proposición dirigida a obtener el acuerdo, sino que es preciso que, efectivamente, se haya logrado el mismo; momento en el que se produce la consumación delictiva. También es acción típica el uso de cualquier otro ***artificio***, esto es de alguna ***maquinación.*** En ambos casos, concierto o artificio, junto al dolo, exige una intención final, esto es ***defraudar*** a la entidad pública, bien sea al Estado, a la Comunidad Autónoma, Provincia, Cabildo insular (igualmente podemos añadir), Municipio etc, cuyo logro no es preciso para la consumación que basta, como acaba de decirse, con el concierto (Cfr STS 996/94, de 14 de mayo).

Es, el de referencia, un delito de ***mera actividad*** que se consuma con que exista la *concertación* con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a la perfección del delito y debe sancionarse en concurso medial, siendo pues, compatible con el delito de malversación (Cfr. STS 1537/2003 , de 27 de septiembre).

4. En el hecho probado de la sentencia se hace referencia a las reuniones previas en restaurantes a las que asisten los acusados Nadal y Sotomayor con Miguel Oliver, reuniones de las que Nadal da cuenta a la Presidenta del Consell, la acusada recurrente. También se hace constar en el hecho probado que la toma de posición en el accionariado de Video U por parte de Munar y Nadal iba acompañada de "las gestiones tendentes a satisfacer la contraprestación impuesta por los socios primigenios de la mercantil -la viabilidad económica de la empresa y sus integrantes a través de la concesión administrativa de fondos públicos para el desarrollo de su actividad-. Ahora bien, antes debía ser satisfecha otra exigencia más, cual era solicitar una primera subvención, a nombre de Video U por una actividad que nunca se realizaría…". Es decir, que según el hecho probado, el establecimiento de un acuerdo entre Munar y Nadal para entrar en Video U estaba condicionada por un acuerdo para defraudar a la Administración, mediante la concesión de fondos públicos a modo de subvención fraudulenta. El papel de inductora de ese fraude en la acusada parece emerger de manera natural del hecho probado. Ella no se concierta materialmente con los particulares para ello: utiliza un testaferro para suscribir las participaciones, y actúa materialmente para cerrar cl acuerdo la acusada Sotomayor, Directora Insular de Comunicación del Consell Insular de Mallorca, que en la

sentencia es considerada autora del delito. Pero esta acusada no puede actuar sin el impulso, sin el empujón o apoyo psíquico de su jefa. No puede actuar porque ella no es la beneficiaria del delito, ella no gana nada con esta operación, a diferencia de la acusada Munar.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- El séptimo motivo se articula **por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. **390**, en relación con el delito de Falsedad documental.

1. Para la recurrente se produce la infracción del precepto penal sustantivo cuando se aprecia falsedad en la "tramitación de un expediente", sin la concreción de documentos que se consideran falsarios y al hacer responsable a la Sra. Munar en comisión por omisión, sin que concurran los presupuestos del art 11 CP.

Así, considera que la sentencia no especifica cuál es el elemento falsario del expediente, sin señalar en qué documento se ha producido la falsedad. Considera que la única referencia a un documento falso es la que se hace al informe favorable de la acusada Sotomayor sobre la ejecución de la actividad subvencionada, sobre la base de un documento falso emitido por el acusado Rullán. Considera que la sentencia debería haberse extendido en razonar si la acusada Sotomayor conocía o no de la falsedad de ese certificado y señala que la sentencia al considerar cooperadora necesaria de la falsedad a la acusada Munar formula un reproche de "no objetar" la tramitación y decisión de los expedientes de subvención que se consideran falsos, atribuyendo el recurrente la comisión del delito por comisión por omisión sin que la sentencia haga ninguna referencia a las obligaciones del art. 11 del Código Penal y en particular un deber jurídico de evitación del delito.

2. La subsunción del hecho probado en la norma penal substantiva aplicada es correcta. A la acusada se la considera cooperadora necesaria en la falsedad cometida por otras personas, en particular y fundamentalmente por la acusada Sotomayor que realizó y firmó el conjunto de documentos que conformaban los expedientes administrativos de concesión de las subvenciones. Lo que ocurre es que ahora no estamos ante una mera omisión de la conducta debida por parte del garante. La contribución de la acusada recurrente a la perpetración del delito es absoluta, ya que todas las falsedades realizadas son

instrumentales para procurarle a ella y a otras personas unos beneficios de naturaleza económica. Su conformidad con lo que Sotomayor hizo (una instrucción de expedientes fraudulentos) es completa, y su contribución -que se considera como de cooperación necesaria- además de serlo viene acompañada de actos materiales de ratificación de dichos expedientes que pudieron elevar cualitativamente el carácter de su contribución al delito. No es solo que "nada se objetara". Tal como se pregunta el Fiscal, ¿cómo se va a objetar algo que viene determinado por el deseo de un lucro propio y delictivo a costa de caudales públicos?. Por ello, el llevar la cuestión a la posición de garante, como si la intervención de la acusada hubiera sido contingente en relación con el delito cometido no es compartible. La acusada intervino básicamente en la falsedad creando la confianza en su subordinada de que todas las que ésta materialmente cometiera estaban arropadas por la cobertura de su jefa. La calificación jurídica de la Sala, es acertada.

Procede, pues la desestimación del motivo.

OCTAVO.- El octavo motivo viene a formularse **por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 436, en relación con el art **74** CP, por haberse apreciado un delito continuado de Fraude a la Administración.

1. Deduce la recurrente que la sentencia fundamenta la *continuidad* delictiva en la apreciación de un plan preconcebido, que supone conceptualmente la planificación previa, como dolo global, que las plurales acciones están concebidas de antemano (pre-concebidas) desde antes de la realización del primer hecho. Por lo tanto, la concertación que define el tipo penal del fraude a la Administración abarcó los dos hechos -según los hechos probados- y por tanto, el concierto fue único, lo que excluye la pluralidad de acciones que da esencia al delito continuado.

2. La sentencia señala en sus hechos probados que hubo un acuerdo para defraudar a la Administración y como consecuencia de ello se aprobó una subvención para Video U. Naturalmente podía la acción haberse detenido ahí, y no haberse pedido la segunda subvención; pero los acusados gestionaron otra más, por otro importe igual y a través de idénticas maquinaciones, perpetrando idénticas falsedades y volviendo a defraudar a la Hacienda pública. Esa conducta encaja perfectamente en el art. 74 del Código Penal: "el que ejecutando un plan preconcebido realice una pluralidad de acciones u omisiones que infringen un

mismo precepto penal". Evidentemente no es lo mismo defraudar 120.000 euros en una ocasión (un delito) que volver a defraudar otros 120.000 el año siguiente. El Tribunal no ha errado en la aplicación de la ley y por tanto el motivo ha de ser desestimado.

NOVENO.- El noveno motivo se formula por **infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 77 CP, al haberse sancionado como concurso de delitos la inducción a un delito de Fraude a la Administración, y el delito de Malversación de Caudales Públicos.

1. Sostiene la recurrente que se ha producido el *error iuris* en la medida en que la aplicación de la norma penal de malversación permite comprender íntegramente el desvalor de la conducta, infringiéndose en otro caso el principio *ne bis in idem.* Así la inducción al fraude queda absorbida en la autoría del delito de malversación de caudales públicos, conforme al art 8.3 CP. Se considera que existe un concurso de normas, no de delitos, pues siendo el delito de malversación un delito doloso, el mismo hecho de cooperación o participación, que implica concierto con el autor y participación conjunta en el hecho no puede ser sancionado dos veces sin infringirle citado principio, al existir una sola acción volitiva y producirse en el plano objetivo una mera intensificación cuantitativa del injusto.

2. La sentencia da respuesta, en su fundamento jurídico noveno, a la objeción de la recurrente, al señalar la compatibilidad entre el delito de fraude, delito de mera actividad que se consuma con el concierto para defraudar y cuyo bien jurídico protegido es diferente. Además la compatibilidad con el delito de malversación ha sido reconocida por la jurisprudencia en varias ocasiones, además de la que cita la sentencia recurrida, (STS. 16.2.1995).

Y, en efecto, como ya vimos ,con relación al motivo sexto, es el de *fraude* un delito de *mera actividad,* que se consuma con que exista la *concertación* con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a la perfección del delito y debe sancionarse en concurso medial, siendo pues, compatible con el delito de malversación (Cfr. SSTS 27-9-2002, y 1537/2003, de 27 de septiembre).

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

(2) Recurso de D. Miguel Nadal Buades

Según el fallo de la sentencia de referencia, el recurrente (Vicepresidente del Consell Insular de Mallorca) fue condenado, como *autor* de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, con la concurrencia de la *atenuante* analógica muy cualificada de ***confesión***, a la **pena** de 12 meses de multa, a razón de 100 euros de cuota diaria; así como a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de empleo a cargo público por tiempo de 1 año.

Igualmente fue condenado, por el delito continuado de malversación de caudales públicos, en **concurso** medial con el delito de prevaricación continuada -en concepto de *coautor* sucesivo-, del delito de fraude a la Administración -en concepto de *inductor*- y del delito continuado de falsedad en documento oficial -en concepto de *cooperador necesario*-, con la concurrencia de la atenuante analógica muy cualificada de *confesión*, a la **pena** de 2 años, 7 meses y 15 días de prisión; y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de 4 años y 6 meses. Costas y responsabilidades civiles.

DÉCIMO.- El quinto motivo, que trataremos con la preferencia que imponen los arts 901 bis a) y bis b), se articula **por quebrantamiento de forma,** al amparo del nº 1 del art. 851 LECr., por no expresar la sentencia clara y terminantemente los ***hechos*** que se consideran probados, además de resultar manifiesta contradicción en ellos.

1. Señala el recurrente que la sentencia refiere que la concesión de subvenciones a la entidad Video U, era una contraprestación pactada en el momento de aceptar la compraventa del 50% de las participaciones de la mercantil; y, al mismo tiempo, señala que el origen de las subvenciones enjuiciadas es una reunión entre el Sr. Conde, la Sra. Sotomayor y el Sr. Oliver que, posteriormente fue comunicada al acusado.Y que del mismo modo, se sostiene en los hechos probados que el Sr. Nadal dirigía a la Sra. Sotomayor en los pasos para ocultar lo ilegal de la subvención -y así construir la inducción- para luego argumentar que su responsabilidad sería por dolo eventual al no comprobar el destino del dinero que se entregaba como subvención a Video U.

2. Los vicios cometidos, no para llegar a la sentencia, sino en ésta *in iudiucando*, en efecto pueden denunciarse al amparo del precepto citado que en su nº 1 indica que este es el cauce "cuando en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados o resulte

manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo".

La contradicción, para constituir medio eficaz de impugnación de las sentencias dictadas por las Audiencias, es preciso -STS 7-2-89- que reúnan las notas siguientes: "gramatical", y no conceptual; "interna", pues ha de producirse en el seno del relato histórico, y de ningún modo confrontando el relato con el encabezamiento, fundamentación jurídica o fallo de la sentencia que se trate, y, menos aún, con diligencias practicadas durante las fases sumaria o plenaria del proceso"; "esencial", es decir, referida a extremos relevantes, primordiales o trascendentes, y no a puntos nimios o inanes; "que afecte al recurrente", y no afecte a frases o vocablos que no impliquen perjuicio o gravamen para el impugnante; y finalmente, "insubsanable", de manera que no sea posible coordinar o armonizar las frases, pasajes, incisos o términos incompatibles, contradictorios o enfrentados entre sí.

La STS de 25-5-95, dice muy gráficamente que "la contradicción ha de producirse en el seno de los hechos probados por recíproca y absoluta exclusión de acuerdo con el principio filosófico que reputa imposible que una cosa sea y no sea al mismo tiempo".

3. Los hechos declarados probados deben ser considerados en su integridad, y no de una manera sesgada o incompleta, ni tampoco en contraste con afirmaciones o comentarios que se realicen en la fundamentación jurídica, porque la contradicción de existir ha de ser interna , es decir entre aspectos del propio *factum*.

Partiendo de ello, hemos de ver que la sentencia de instancia comienza dando por probado que: "Aproximadamente a mediados del año 2004, D.Miguel Nadal Buades, sin antecedentes penales-Vicepresidente del Consell Insular de Mallorca-, y Dña.María Antonia Munar Riutort, sin antecedentes penales -Presidenta del Consell Insular de Mallorca-, conociendo que ese año el Govern iba a sacar a concurso licencias de televisión local digital, decidieron adquirir conjuntamente participaciones de la mercantil Video U (cuyo objeto social era la ejecución de trabajos audiovisuales) en proporción suficiente para asegurarse, prácticamente, el control de la misma y, consecuentemente, poseer un medio de comunicación y difusión de los intereses del partido político que, a su vez, era presidido

por la indicada acusada y del que el Sr.Nadal era responsable destacado".

Y siguen diciendo los hechos que: "El origen de esta idea no fue puramente casual; su concepción se produjo tras la participación del acusado S. Nadal en dos reuniones con diferentes personas, tratándose de comidas en el Restaurant "El Parlament" y en Restaurant "La Cuchara"…El acusado Sr. Nadal que previamente a sus asistencias a ambos almuerzos había dado cuenta de los hechos a la acusada Sra. Munar, comentó con ésta, también el resultado de los encuentros. Finalmente ambos acusados, Munar y Nadal, decidieron comprar las participaciones sociales de videos U ofrecidas por el Sr. Oliver …".

Igualmente se declara probado que: "IV. El 22 de noviembre de 2004 se formalizó la escritura pública de compraventa de acciones sociales de Video U. Así, Miguel Nadal a través de Miguel Sard, como persona interpuesta y quien, a su vez, realizó la compra a través de persona jurídica interpuesta, como era la sociedad Los Rincones de la Vega de Sotomayor (de la que el Sr.Sard participaba en un 52,52%), adquirió el 25,23% de la mercantil Video U; y por su parte, María Antonia Munar, a través de Víctor García, adquirió el 24,77%. El precio de venta del 50% de las participaciones sociales de Video U fue valorado en 300.000 euros, cantidad que si bien ante el Notario formalizante de la escritura fue entregada a través de pagarés, una vez finalizado el acto el vendedor los devolvió a sus titulares, y éstos le entregaron la cuantía económica del precio en metálico.

Los 300.000 euros en metálico habían sido entregados por María Antonia Munar a Miguel Nadal el día anterior, en un sobre y, al parecer provenía de fondos de origen desconocido del partido Unión Mallorquina. El mismo día de la compra de las participaciones el Sr.Nadal entregó la cuantía a Miguel Sard y a Víctor García".

Y en el apartado segundo I, de los hechos probados, en efecto se hace constar que: "En el ínterin desde la manifestación de voluntad de los dos entonces altos cargos institucionales, acerca de su deseo de participar en la mercantil de referencia -para, con ello, disponer y controlar un instrumento hábil para proveerse de una licencia de emisión digital de medio audiovisual que sirviera para su promoción propia y la del partido que representaban-, se iniciaron las gestiones tendentes a satisfacer la contraprestación

impuesta por los socios primigenios de la mercantil -la viabilidad económica de la empresa y sus integrantes a través de la concesión administrativa de fondos públicos para el desarrollo de su actividad-".

Y en el epígrafe II del mismo apartado segundo, se lee: "Pues bien -ya fuera por la Sra. Munar, ya fuera por el Sr.Nadal-, el Sr.Conde y la Sra.Sotomayor conocieron de la participación de UM en la mercantil Video U, y de la contraprestación que facilitó la misma -la flexibilidad hasta la ilicitud en la concesión de subvenciones a favor de la mercantil Video U-.

La ideación y el desarrollo de este plan provino, obviamente, del principal interesado en ese momento, el Sr.Conde, y de la Sra.Sotomayor, Directora General de Comunicación del Consell Insular, por cuanto ambos eran conocedores de que la entidad Video U iba a estar participada por los acusados Nadal y Munar."…

Y mas adelante se precisa que: "La confección del expediente de subvención nominativa , y buena parte de su tramitación material, fue asumida por la Directora General de Comunicación Sra. Sotomayor".

Igualmente se hace constar que: "El 13 de diciembre de 2004, el Consell Executiu del Consell de Mallorca acordó aprobar el expediente de concesión de la subvención -con votación favorable de la Sra. Munar y del Sr. Nadal-, ya socios de derecho de Video U."

Y se concluye señalando que: "El 18 de enero de 2005 el Pleno del Consell de Mallorca , con presencia y participación de la Sra. Munar y del Sr. Nadal, convalidó el decreto de reconocimiento de la obligación de pago a Video U."

Del relato completo realizado -cuya claridad es evidente- no surge la contradicción pretendida. Ya hemos dicho antes que la contradicción no puede establecerse entre los hechos y los razonado en los fundamentos de derecho, pero además, en todo caso, como apunta el Ministerio Fiscal, la intención de los acusados Nadal y Munar era la que dice la sentencia pero, obviamente, el formar parte de una entidad mercantil conlleva necesariamente otras consecuencias: entre ellas, el lucro inherente a las operaciones mercantiles. Por otro lado, la intención de quienes accedieron a venderles la empresa era otra,

obtener la viabilidad de las empresas a través de ayudas públicas (y además cobrar el precio de las acciones). Una cosa es lo que el acusado recurrente buscaba (y como consecuencia de ello, lo que estaba dispuesto a hacer para conseguirlo) y otra lo que los vendedores perseguían y exigían para vender las participaciones.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado**.**

UNDÉCIMO.- El primero de los motivos se formula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a la **presunción de inocencia** .

1. El recurrente considera que no hay prueba para condenarle por los delitos de malversación, de prevaricación continuada, fraude a la Admón., y delito continuado de falsedad en documento oficial, toda vez que su actividad se limitó, en relación con las subvenciones, al hecho -como todos los demás miembros del Consell -de votar su concesión. Señala que, como la sentencia reconoce, en esas fechas se convocó y resolvió un concurso para la adjudicación de licencias de TDT, única motivación del acusado para entrar en el accionariado de Vídeo U. Entiende el recurrente que la sala parte erróneamente de que la adquisición de las participaciones de Video U por él mismo y la acusada Munar llevaba aparejada como contraprestación la concesión de unas subvenciones a favor de la citada entidad por el Consell insular. Y señala que no hay un pasaje en la sentencia que avale esa conclusión; no sosteniendo este aspecto ninguno de los inculpados.

Considera que el acuerdo de que habla la sentencia no es descabellado, pero, pero que hay otras posibilidades. Señala que Video U recibió muchas subvenciones, antes y después de las dos analizadas en la sentencia. Considera huérfana de explicación el hecho de que -más allá de votar sin abstenerse en la concesión de las subvenciones- supiera que las mismas no respondían a trabajos que fueran a realizarse.

La sentencia busca el apoyo para la condena en elementos claramente insuficientes para establecer la responsabilidad de D. Miguel Nadal en los demás delitos. En especial, y según se detalla en el fundamento de derecho primero, pag 37, se apoya en la declaración del coimputado Sr. Oliver, quien nunca, ni en fase de instrucción, ni en el plenario, liga las subvenciones concedidas a Video U con la figura del Sr. Nadal, no existiendo

por otra parte mínima corroboración del testimonio del coimputado.

2. Remitiéndonos a los fundamentos doctrinales y jurisprudenciales, ya expuestos en relación con el primer motivo de la anterior recurrente, diremos que el tribunal de instancia sostiene mediante pruebas sólidas la afirmación de que el acusado recurrente sabía que las subvenciones sometidas a enjuiciamiento que recibió Video U (hubo otras muchas sobre las que todavía está abierta la posibilidad de su enjuiciamiento, en nuestra opinión, al no alcanzarles la cosa juzgada) formaban parte de plan para beneficiar a esta entidad desde el momento en que el acusado (y la Sra. Munar) entraron en su accionariado. Está claro que el acusado, Vicepresidente del Consell insular, a través de un testaferro compró participaciones de Video U. Resulta que la protocolización de dicha adquisición se produjo el 22 de noviembre de 2004 aunque también lo es que en julio de 2004 la cuestión ya estaba cerrada, toda vez que a partir de esa fecha se producen contrataciones meramente nominales de personas para figurar en el registro de empleados de Video U, todas afiliadas a Unión Mallorquina, el partido de los acusados Nadal y Munar. Es evidente que el acusado sabía que el acusado Oliver consideraba que estaba "vetado" por el Partido Popular para la concesión de licencias de televisión, de donde no se entiende como pensaba Nadal revertir ese supuesto veto por el hecho de que él adquiriera un porcentaje de la compañía. Lo más inmediato, y hasta ese momento lo único que podían hacer el acusado y la acusada Munar para favorecer a la compañía, en la que habían tomado participación clandestinamente, era lo que hicieron: favorecerla desde el órgano político que gobernaban, el Consell Insular . Así, la acusada Sotomayor cita en su despacho a los acusados Oliver y Conde y les insta a que pidan subvenciones. Ello en un momento, precisamente, en que Sotomayor -subordinada jerárquica de los dos anteriores acusados- conocía que estos tenían participación en la entidad para la que se iban a pedir esas subvenciones. Inmediatamente comienzan las gestiones para ello. Las "otras hipótesis posibles" al dominio del hecho por el acusado y por Munar serían que de repente la maquinaria administrativa del Consell se pusiera en marcha para favorecer a Nadal sin que este supiera nada más que el hecho de que se le estaba favoreciendo. No creemos que esta sea otra posibilidad aceptable frente a la evidencia de que desde que toma posición el acusado (y la Sra. Munar) en Video U, se pone en marcha con la colaboración del acusado un proceso para inyectar fondos públicos sin contraprestación alguna en Video U,

incluso antes de que Video U llegara a solicitarlo formalmente. No se trata de inferencia irracional del Tribunal, ya que, además de que la propia dirección de los acontecimientos es inequívoca, hay pruebas -declaraciones de coimputados- que van asimismo en esa dirección. El acusado Nadal ya vota a favor de la concesión de la primera subvención en el Consell Executiu del Consell de Mallorca, menos de un mes después de que hubiera entrado en su accionariado, el día 13 de diciembre de 2004. Ello no parece compatible con el hecho de que el único interés del acusado al entrar en Video U eran las concesiones de televisión. Pero es que además, la sentencia hace mención en la página 53 de un hecho importante corroborador de las declaraciones de Margarita Sotomayor, en el sentido de que Nadal conocía la necesidad de conceder subvenciones, ya que si el propósito de Sotomayor fuera -como sugiere Nadal- el de favorecer al acusado Conde, no se explica que se eligiera para ello al acusado Oliver y Video U, con el cual no consta que tuvieran previas relaciones. Nadal -sin duda- autorizó esa operación porque él mismo participaba en ella. No se entiende qué interés tuviera Sotomayor en favorecer a Oliver y a Video U (que nada significaban para ella), hasta el punto de cometer una gran cantidad de delitos, si no es porque -como afirma- el acusado recurrente, que era su jefe y la jefa de ambos, se lo indicaron. Además, cabe preguntarse de qué otra manera puede interpretarse el hecho de que la segunda subvención les fuera garantizada a Oliver y a sus socios, cuando accedieron a que todo el importe de la primera lo recibiera Conde. Margarita Sotomayor no podía garantizar que iban a recibir más subvenciones. Esta era una decisión que necesitaba de un respaldo de sus jefes, y tuvo garantías de ello, ya que Oliver accedió a renunciar a su parte de la primera subvención sabiendo que la segunda la recibiría íntegra Video U. La sentencia lo explica con claridad en las páginas 57 y siguientes.

La versión del recurrente en el sentido de que el acusado desconocía que la prestación que había de realizar Video U con las subvenciones no se realizó en realidad, no se sostiene, ya que el acusado formaba parte del accionariado de Video U e intervino de manera decisiva a favor de la subvención a esa compañía. Estaba en los dos lados, aunque pretenda convencer de que en realidad no se enteraba de nada de lo que ocurría en ninguno de ellos. En la posición del acusado no se puede aceptar como un motivo de descargo que "votó con los demás miembros del Consell la concesión de las subvenciones", cuando estaba votando subvenciones para una compañía en la que acababa de

adquirir el 25% del capital. No estaba en la misma posición que "los demás miembros del Consell". La Sala infiere racionalmente que quien obra así no puede alegar ignorancia sobre ninguna de las cosas que ocurren en las dos vertientes en se encuentra. En definitiva, hay prueba, que es corroborada de manera contundente y susceptible de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DUODÉCIMO.- El segundo motivo se apoya en infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, ya que garantiza el derecho a **un proceso con todas las garantías,** en cuanto se ha vulnerado el **principio acusatorio.**

1. Se alega que las acusaciones pública y particular se dirigieron contra el Sr. Nadal en concepto de ***inductor*** del delito de fraude a la Administración, sin que formulara acusación por este delito la acusación popular. Y que pese a ello, la sentencia condenó al recurrente como ***cooperador necesario*** -tal como se especifica en el **fº 99** del fundamento de derecho cuarto- del delito de fraude a la Administración, aunque en el Fallo se alude -**fº 111**- a la condición de inductor del Sr. Nadal.

2. Dando por reproducidos cuantos fundamentos doctrinales y jurisprudenciales expusimos con relación al segundo motivo de la anterior recurrente, diremos que el motivo es sustancialmente idéntico, que el segundo de los desarrollados por la defensa de la acusada Munar. Procede reproducir aquí sus argumentos sobre la cuestión, resaltando que no ha habido indefensión alguna. La tesis de la Sentencia de que la acusada Sotomayor se concierta con otras personas para defraudar a la Administración y para ello cuenta con el apoyo del acusado recurrente no causa indefensión a este que venía acusado de provocar la realización de un acuerdo fraudulento a Sotomayor con otras personas, acuerdo que luego habría de soportar y amparar el acusado recurrente para que pudiera ser efectivo. No hay vulneración alguna de los derechos del acusado que sabía perfectamente de que se le acusaba y que se encuentra con que la sentencia recoge su participación en un momento posterior al que afirmaba la acusación que se había producido. De hecho, el recurrente no explica -más allá de una disquisición técnica sobre las diferencias entre inducción y cooperación necesaria- en qué se le

ha causado indefensión, y de qué hecho concreto del que venía acusado no ha podido defenderse.

Por otra parte, no puede obviarse que, tanto por las acusaciones, como por el tribunal de instancia, se realiza una calificación compleja, en la que -por lo que se refiere al Sr. Nadal, se atribuye- como autor (coautor sucesivo)-, junto a un delito de *negociaciones prohibidas a los funcionarios* (con la atenuante muy cualificada de confesión), un delito de *malversación continuada,* **en concurso** medial con los delitos continuados de *prevaricación, fraude a la Administración y falsedad en documento* oficial, para cuya punición la sentencia recurrida (ver FJ décimosegundo, **fº 107)** toma en cuenta la atenuante muy cualificada de confesión, reputando, como en el Fallo, al recurrente ***inductor*** del delito de fraude a la Administración, y, "con idénticas consideraciones a las expuestas con relación a la anterior acusada", impone la pena de dos años, siete meses y quince días de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de cuatro años y seis meses.

Por todo ello el motivo ha de ser desestimado, sin perjuicio de lo que diremos con relación al motivo siguiente.

DÉCIMOTERCERO- El tercero de los motivos se basa en **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1, por aplicación indebida de los arts. 439 y 74 CP.

1. Se mantiene que la sentencia condena al Sr. Nadal como autor responsable de un delito continuado de negociaciones prohibidas a los funcionarios, previsto en el art 439 CP, -en la redacción vigente en el momento de los hechos, más beneficiosa que la vigente resultante de la LO 5/2010, de 22 de junio- extendiendo de forma indebida y contra el principio de legalidad y taxatividad, la delimitación del "***sujeto activo"*** que se contiene en el tipo, a una conducta que no realizó el recurrente, que es la de "***informar***" en el asunto de las subvenciones. Debiéndose tener presente que el tipo no abandona la limitación de recayente en "quienes ***informan"***, hasta el texto que entró en vigor en 23-12-2010, fecha muy posterior a los hechos, que ya se refiere a los que "*deban intervenir por razón de su cargo*".

2. Remitiéndonos a cuantos fundamentos doctrinales y jurisprudenciales, y por los mismos razonamientos expuestos con relación al cuarto motivo de la anterior recurrente, el presente ha de ser estimado.

DÉCIMOCUARTO.- El cuarto motivo se apoya en **infracción de ley**, al amparo del art. 849.1, por aplicación indebida del art 50 CP .

1. La alegación consiste en que la sentencia condena al recurrente, como autor de un delito de ***negociaciones prohibidas a los funcionarios***, a la pena de *multa de doce meses, con una cuota diaria de cien euros,* sin explicar cómo se alcanza esta cuota y reconociendo que no consta la capacidad económica del Sr. Nadal, la cual no es un hecho notorio de conocimiento público. Por ello se interesa que se rebaje esa cuota tan excepcional a una cantidad que no supere los 12 euros diarios.

2. El art 50.4 y 5 CP que se dicen infringidos por la sentencia de instancia, señala que: "La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros…y que los Jueces y Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente, la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias del mismo.

La sentencia de instancia, aunque de modo muy escueto, sí que hizo referencia a la cuestión suscitada. Así, al final del apartado 2 de su fundamento jurídico duodécimo, precisó que: "Tanto en la pena de multa impuesta a la Sra. Munar, como al Sr. Nadal, la cuantía de la cuota diaria se fija dentro de su mitad inferior, en tanto no consta la real capacidad económica en ambos acusados, si bien es notorio que no es, ni mucho menos nimia ni escasa."

Y el acierto del tribunal de instancia hay que deducirlo de que, -como apunta el Ministerio Fiscal- la entidad participada por el acusado con un 25% de su accionariado, Video U, recibió entre los años 2004 y 2007 (último año en que el acusado fue Vicepresidente del Consell Insular) hasta 3.872.559 euros de la Administración que dirigía. Al margen de otras consideraciones relacionadas con las retribuciones percibidas en dicho órgano, el dato anterior es ilustrativo de que no estamos ante una persona carente de recursos, sino ante una persona que habiendo tenido una exitosa carrera política, se ha lucrado en cantidades importantes a través de operaciones fraudulentas en unos casos y en otros muy sospechosas y quizá pendientes de investigación. Por ello, la fijación de una multa en tal cuantía, que supone una

cuota mensual de 3.000 euros no es en absoluto desproporcionada, muy por debajo de los límites máximos que permite el Código Penal, pudiendo alcanzar los 400 euros diarios, es decir los 12.000 al mes.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado, sin perjuicio de lo que dijimos en relación con el motivo anterior.

(3) Recurso de Dña. Margarita Sotomayor Vicens

Según el fallo de la sentencia, la recurrente (Directora Insular de Comunicación del Consell de Mallorca) fue condenada por un delito de malversación continuada -en concepto de *cooperadora necesaria*- en **concurso** medial con falsedad en documento oficial -en concepto de *autora*-, fraude continuado a la Administración -en concepto de *autora*- y prevaricación continuada -en concepto de *cooperadora necesaria*- a la **pena** de 5 años de prisión; y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de 9 años. Costas y responsabilidades civiles.

DECIMOQUINTO.- El primer motivo se constituye por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a la **presunción de inocencia**.

1. Considera la recurrente que no hay prueba de cargo para condenarla, siendo así que la única manifestación que la incrimina, la del coimputado Miguel Oliver, viene realizada por motivos espurios con el fin de obtener un beneficio penal y una reducción de la responsabilidad. Afirma que el expediente administrativo de concesión de la primera subvención reunía para todos y también para la acusada recurrente todos los requisitos legalmente establecidos para su formación, y la certeza o no de la emisión de los programas no podía ser detectada por ninguno de los cargos administrativos que intervenían en el expediente administrativo.

El T. III de las actuaciones (fº 570 a 957) refleja todo el expediente administrativo sobre la solicitud de subvención por importe de 120.000 euros, que Video U Comunicación Audiovisual, realizó en el año 2004, para cubrir el coste de producción, postproducción y emisión del programa radiofónico Temps d´Esport. La Memoria explicativa del programa objeto de la subvención, que realiza el legal representante (fº 574) de Video U, acompaña las características del programa y el

presupuesto, más todas las facturas originales correspondientes a los gastos de producción, según certifica (fº 581) y acompaña (fº 583 a 648). Las precitadas facturas, además de las nóminas y pago de salarios de los diferentes trabajadores adscritos a la emisión del programa, justifican otros gastos acreditados como son: consumo eléctrico, alquileres de almacenes; gastos telefónicos; vales de gasolina; gastos servicios de contabilidad, así como facturas indirectas libradas por Ambit Digital por la grabación de los programas de radio (fº 647 y 648). La memoria recoge la exposición verbal que en este sentido efectuaron el Sr. Oliver y el Sr. Conde a la Directora Insular de Comunicación, que fue oficializada, mediante solicitud de 28-10-2004 (fº 573).

Indica también que la intervención de la acusada se limita a informar sobre los "contenidos" de los programas propuestos, y que todos los aspectos técnicos, legales o económicos corresponden a los organismos de vigilancia técnicos, legales o económicos corresponden a los organismos de vigilancia administrativa establecidos. Todos esos organismos de vigilancia han descuidado sus funciones de fiscalización y la consecuencia es que la única responsable es la recurrente, que sin embargo ha actuado conforme a las exigencias establecidas. Señala que el Sr. Moragues, Secretario Técnico del Consell Insular de Mallorca rechazó cualquier responsabilidad en la tramitación de los expedientes, o en el control de los presupuestos, pero fue inmediatamente nombrado Director General de Radiotelevisión de Mallorca, eligiendo el acusado Oliver como Director de Televisión, por lo que cree que no tiene demasiada credibilidad. Considera que el hecho de que se contratara personal en Video U no es indicio de la intervención de la acusada recurrente ni del conocimiento de que Video U hubiera de alimentarse de personal para cubrir las apariencias porque la petición de una persona que ayudaba a la acusada tuvo lugar en julio de 2004, antes de la tramitación de la primera subvención interesada, habiendo sido el acusado Nadal quien le dirigió a Oliver para que le colocaran a la persona de la confianza de la acusada que le ayudara a ella. Y lo mismo en relación con la contratación de más de 10 personas por Video U, a instancias de la acusada Sotomayor, y que sin embargo no tuvo intervención alguna en ello, como dijeron en Juicio Oral el acusado Oliver o la Sra. Almiñana, administradora de la mercantil.

Las mismas consideraciones deben efectuarse sobre la segunda subvención otorgada a Video U en el año 2005, de conformidad con la solicitud que interesa dicha mercantil. Niega la versión del

acusado Oliver aduciendo motivos espurios a la misma. Indica que la acusada no podría conocer el destino del dinero desde la posición que ocupaba. Considera la acusada que tanto Conde como Oliver la engañaron, así como a todos los organismos de fiscalización intervinientes.

Por ello se estima que no puede concluirse de forma unívoca que, como único juicio de inferencia, que Dña. Margarita Sotomayor conocía y participaba conscientemente en el plan, que se dice, habían ideado sus jefes e inmediatos superiores jerárquicos, tanto el Sr. Nadal, en su condición de Vicepresidente, como la Sra. Munar, en su condición de Presidenta del Consell insular, con el concierto del Sr. Oliver, como administrador de Vídeo U y del Sr. Conde, como administrador de Estudio Medio de Comunicación y propietario de la radio pública Ona Mallorca.

2. Reproduciendo cuantos fundamentos doctrinales y legales ya expusimos en relación con los motivos coincidentes de los anteriores recurrentes, añadiremos que la recurrente resalta la regularidad del expediente administrativo y la pulcra intervención en el mismo de la acusada. Nada hay de ilegal en un expediente en el cual ningún órgano de control administrativo detecta nada irregular, según explica. Pero la Sala considera probado que la acusada conocía todo ese expediente o expedientes, que no eran otra cosa que una cobertura para entregar dinero a una mercantil en la cual los jefes de la acusada recurrente habían tomado parte del capital.Y numerosas pruebas ha valorado la Sala para sostener que eso es así, que la acusada se convirtió en un instrumento eficaz de sus jefes de Gobierno y de partido para defraudar a la Administración. En primer lugar, el propio desarrollo de los hechos. En Video U sabían que iban a recibir subvenciones. Sabían que iban a recibir la primera, y sobre todo, sabían que también iban a recibir la segunda. No se explica de otra forma que Conde y Oliver accedieran a que el importe de la primera fuera entregado en su totalidad al primero, cuando tenían un acuerdo de repartir el beneficio entre los dos. Oliver aceptó porque sabía que recibiría la segunda subvención como recibió la primera. También la Sala afirma que los jefes de la acusada entraron en el accionariado de Video U y se obligaron a que a esta entidad le llegaran dos subvenciones, dos "contraprestaciones" por la venta de las acciones. Y les llegaron.También considera la Sala relevante el hecho de que la acusada recurrente tramitara un procedimiento de concesión de una subvención, no presupuestada para el año 2004, sin que

nadie la solicitara formalmente por la compañía beneficiaria. La acusada es una pieza clave aquí, porque es precisamente quien ha de cumplir con todo aquello que con toda seguridad van a recibir los beneficiarios que ya están en esos días negociando con lo que van a percibir. Y es pieza clave porque tiene la obligación tanto de elaborar un informe justificativo de la subvención, de la primera y de la segunda, como informar favorablemente a la ejecución de la actividad subvencionada antes de la firma por parte de la acusada Munar, Presidenta del Consell. Ese último informe sobre justificación del gasto adolece de gravísimos defectos que la sentencia relata en la página 25 de la sentencia, lo que no es obstáculo para que la acusada recurrente lo convalide. Si bien, ha habido otros funcionarios que han fracasado en su labor de supervisión, lo cierto es que quien impulsó, justificó y valoró el resultado final de la subvención fue la acusada recurrente. Naturalmente ese dato es importante para analizar las declaraciones de otros testigos o coimputados. Decir que Conde y Oliver la engañaron es un argumento débil, cuando Conde y Oliver estaban seguros de que Sotomayor iba a ser tan eficaz en la concesión de la segunda subvención como lo fue con la primera. Eficaz, se resalta, ya que se gestiona durante unos meses una subvención que no aparece solicitada por nadie. La sentencia indica que no era Sotomayor una persona que altruistamente quisiera por su propia iniciativa beneficiar a dos personas a costa del erario público. No, la acusada actuaba siguiendo "siempre" indicaciones u órdenes de su superior el acusado Nadal (página 28). No puede ser de otra manera. Ella no tiene un interés particular sobre el tema, pero si lo tienen sus superiores ante cuyos deseos ella se pliega. No hubiera sido posible todo este montaje sin que Sotomayor hubiera prestado su consentimiento. Es evidente que no. Hubiera podido pedir explicaciones sobre por qué hay que tramitar una subvención no presupuestada sin que haya un peticionario oficial de las mismas; o qué interés público había en el caso para conceder una subvención directa (folio 55 de la sentencia); o por qué había la certeza en Video U de que iba a recibir otra subvención en 2005 (ver folio 57 de la sentencia); o por qué no se justificaron las actividades de la primera subvención; o por qué justifica el buen fin de la actividad realizada en ambas subvenciones cuando ninguna de ellas se realizaron. A la luz de esos datos, la declaración de Conde y de Oliver en el sentido de que fue la acusada la que canalizaba tanto la oferta de subvenciones como la garantía de que se iban a dar, cobra un sentido de mucho peso. No parece que la hayan engañado, como dice. Al revés, han seguido las instrucciones de la acusada que por su parte actuaba

en sintonía con sus jefes. Interesa hacer constar que la sentencia señala -y no combate la recurrente- el hecho de que no aparece que anteriormente a esta operación hubiera algún tipo de relaciones profesionales entre la acusada recurrente y el acusado Oliver, por lo que el único vínculo entre ambos había de ser el que los jefes de la acusada habían pasado a ser socios de Oliver, dato importante para explicar el trato de favor que la acusada dispensó desde mediados de 2004 a Video U. La sentencia hace referencia a la condición de "enlace" de la acusada entre Oliver y Conde (folio 77) y parece claro que los tres están de acuerdo e que hubo una reunión clave en el despacho de la acusada Sotomayor (folio 59).

La posición defensiva de que "firmó lo que le pasaban a la firma" (pags. 59 y 60), como si fuera alguien que, no obstante su posición, tuviera un papel inocuo frente a todo lo acontecido en su departamento, no puede ser aceptada. La recurrente tenía responsabilidades y el argumento expuesto supone una abdicación de las mismas. Obviamente, no es creible esa argumentación. Especialmente porque ella no es acusada solo porque delante de la misma se cometieron graves delitos sin que se enterara, sino porque ella fue una parte esencial de los fraudes perpetrados contra el Consell. Según diversos testigos en el acto del Juicio Oral (pag. 59 y 60 de la sentencia) y el personal, contratado por Video U, pero que trabajaba para Unión Mallorquina, incluída la persona de la confianza de la acusada, Débora Lorente, corroboran que la acusada participaba en el fraude. La acusada, en su recurso y ante la evidencia de que tanto desde arriba (su jefe Nadal) como desde abajo (los testigos Moragues o Montejo), como desde Video U (Oliver) o Radio Ona (Conde) la señalan como la responsable de la coordinación de las operaciones, ofrece un descargo, insuficiente a para empañar las razonables conclusiones de la Sala de instancia.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOSEXTO.- Como segundo motivo se propone **infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 404 del CP, en relación con el delito de Prevaricación administrativa.

1. Se defiende que la acusada Margarita Sotomayor, en su calidad de Directora General de la Dirección Insular de Comunicación del Consell Insular de Mallorca, carece de la condición especial propia exigible para la subsunción de su

conducta en el delito de prevaricación por el que ha sido condenada, ni a título de inducción ni como cooperadora necesaria. Considera que las responsabilidades penales que se le atribuyen pivotan sobre dos ejes: por un lado que la acusada debía conocer el propósito delictivo que albergaban los otros condenados y en concreto sus inmediatos superiores, Nadal y Munar; por otro, que la acusada recurrente tenía que saber que las subvenciones que interesaba la productora Video U, y en particular el acusado Oliver, lo eran para el patrocinio o subvención de la emisión de programas radiofónicos que nunca se iban ni a producir ni a emitir. Niega la posibilidad de que se pueda inducir a la comisión del delito de prevaricación a un superior, citando jurisprudencia en ese sentido; e indica que la intervención de la acusada en el expediente administrativo es correcta, sometida a la legalidad y desde luego bajo la inspección de los órganos administrativos de control. Y señala que el informe de la acusada condicionante del pago, que es el último que realiza para acreditar que la actividad se ha llevado a término, respecto del cual no hay dato alguno para inferir la inveracidad de la realización de la actividad. De modo que su único cometido en el expediente administrativo ha consistido en trasladar a quien tiene capacidad decisoria y ejecutiva una propuesta que le realiza un particular para la obtención de una subvención para un programa radiofónico.Y el único documento que realiza en el expediente como necesario para la adopción del pago de la subvención, es aquél por el que manifiesta que la actividad se ha llevado a término (fº 837).

2. Realmente, en el relato de hechos probados se hace constar que la acusada recurrente conocía que tras el accionariado de Video U estaban sus jefes, Munar y Nadal. La participación de Sotomayor en la ideación y luego participación en la tramitación de los expedientes que determinaron la adjudicación de subvenciones a Video U aparece bien clara, como que la primera de esas subvenciones se tramitaría a fin de que la radio que explotaba el acusado Conde pudiera recibir cierta cantidad de dinero a través de la subvención concedida a Video U. Todo eso lo sabe -según el hecho probado- Margarita Sotomayor, que además conoce que Conde no puede recibir más subvenciones de las que ya recibía. Así, todo era un montaje. Un montaje con la finalidad de sustraer fondos públicos, pero para el cual la acusada había de prestar una ayuda, aportar un esfuerzo para que todo saliera bien. Y lo hizo desde su posición administrativa privilegiada, bajo el amparo de sus dos jefes, beneficiarios -entre otros- de estas subvenciones directas. La sentencia hace constar

como hecho probado que "la confección del expediente de subvención nominativa, y buena parte de su tramitación material, fue asumida por la Directora General de Comunicación" (pag. 24), además de hacer constar que de ella y de Conde surgió la idea de las subvenciones de las que más tarde los acusados se beneficiarían.

La sentencia, además, señala algunos aspectos concretos de la intervención de la acusada en la tramitación del expediente, como por ejemplo, un informe justificativo de la creación de la partida nominativa de la subvención (página 24 de la sentencia), o un informe justificativo de la concesión de la subvención, u otro informe sobre la ejecución de la actividad objeto de subvención y la presentación de los justificantes correspondientes a los gastos generados (pág. 25). Por ello se condena a la acusada como cooperadora necesaria del delito de prevaricación, y ciertamente se hace sobre la base de los presupuestos exigidos: conocimiento de que estaba aportando una actividad decisiva para la tramitación de las subvenciones, y conocimiento de que las subvenciones no respondían a ninguna justificación desde el punto de vista del interés público, sino todo lo contrario: la sustración de los fondos públicos, en beneficio de quien no debiera percibirlos.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOSEPTIMO.- El tercer motivo se formula **por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 432 del CP, en relación con el delito de Malversación de caudales públicos.

1. Entiende la recurrente que la misma ni sustrajo fondos públicos, ni consintió que un tercero lo hiciera, ni cooperó con quienes la sentencia atribuye la autoría material y principal de la malversación. Y, citando pasajes de los fundamentos de derecho, dice que, en contra de lo que se dice, los fondos no se pagaron desde la Dirección insular de Comunicación, sino por quien tenía capacidad decisoria y ejecutiva sobre los mismos, es decir el Consell Insular. -Mantiene que lo único que se le puede atribuir es proponer una subvención para un programa de radio que iba a emitir una radio pública, que se dice ya tenía todas sus actividades subvencionadas, sin que pueda establecerse en absoluto que la Sra. Sotomayor se configurara como cooperadora necesaria, ni por dolo directo, ni por dolo eventual, para que

terceros, sus superiores o los socios de sus superiores, pudieran sustraer la subvención.

2. La acusada no era -como ya hemos visto- una mera funcionaria a la que simplemente se pasa la tramitación de un expediente y a la que se escapan ciertos aspectos del mismo que determinan la comisión del delito. Ese es el planteamiento del recurrente. Pero no es así. En los hechos probados -intangibles al amparo del presente cauce casacional- se recoge con claridad que la acusada conocía que todo el expediente (los expedientes) tramitados para la concesión de subvenciones directas se orientaban exclusivamente a dar cobertura formal a una decisión malversadora de caudales públicos. La acusada sabía que el dinero que se recibiera no iba a suponer ningún beneficio para la causa pública.Y también se recoge que sin la colaboración activa de la acusada ese delito no hubiera podido cometerse, ya que era preciso que la acusada, desde el Departamento que dirigía, tramitara administrativamente, casi en su totalidad, los expedientes citados.Y ello al margen de que sus superiores jerárquicos fueran quienes desde su posición política superior y en su calidad de accionistas de la sociedad beneficiaria tuvieran una participación directa en la malversación. Pero la colaboración de la acusada fue esencial y si ella el delito no se hubiera cometido; por ello es condenada como cooperadora necesaria del delito.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMOCTAVO.- El cuarto motivo se configura **por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por inaplicación indebida del art. 433 del CP, por ausencia del dolo, incluso eventual, propio delito de Malversación de caudales públicos.

1. Se alega -como consecuencia del motivo anterior-que si se admitiera que la acusada por razón de sus funciones ,hubiera tenido disposición sobre caudales o efectos puestos a su cargo, aun en el grado de cooperadora necesaria, y esos fondos se hubieran destinado a usos ajenos a la función pública, no habiéndose quedado un solo euro, y descartada su participación por dolo eventual, los hechos merecerían ser incardinados en el párrafo **1º del art 433 CP**, concurriendo únicamente un dolo consistente en el "*destino a usos ajenos a la función pública, de los caudales puestos a su cargo"*. El uso sería ajeno a la función pública en cuanto quien los iba a recibir -Ona Mallorca- tenía

toda su actividad subvencionada, ignorando la Sra. Sotomayor completamente, que el programa radiofónico no se iba a realizar, y más aún que en la productora Video U, que solicitó dicha subvención, participaban como socios ocultos sus superiores jerárquicos.

2. El art 433 invocado castiga la distracción de los bienes -a diferencia de la apropiación que se regula en el artículo precedente- por parte de la autoridad o funcionario que los tiene a su cargo por razón de sus funciones, a fines distintos de los propios de la función pública. Se trata de dar distinto destino del que corresponde, dotando a la conducta de una temporalidad en la medida en que, de no reintegrar el importe objeto de distracción, "*dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior";* lo que supone una sustracción provisional de los bienes sin que exista el ánimo de apoderamiento definitivo que requiere el artículo anterior. No se trata tampoco de la desviación formal de fondos, es decir de darle una aplicación distinta de la presupuestada, pero pública en todo caso -que daría lugar a responsabilidad administrativa- sino de una apropiación transitoria en beneficio propio o ajeno con propósito de reintegro (Cfr. STS 24-1-2001).

En efecto, la doctrina de esta Sala ha establecido la diferencia entre los arts 432 y 433 CP, procediendo la incardinación en el art. 432 cuando el tribunal sentenciador aprecie la concurrencia del *animus rem sibi habendi,* es decir, cuando el agente haya obrado con el propósito de apropiación con carácter definitivo de los caudales o efectos públicos; y procederá el encuadramiento en el art. 433 cuando tan sólo sea de apreciar el *animus utendi,* o sea cuando hubiese dispuesto de ellos de manera transitoria, destinándolos a usos distintos de los legalmente previstos, con ánimo de reintegrales (Cfr SSTS 990/2003, de 2 de julio y 1544/2004, de 23 de diciembre; 16-6-2010, nº 580/2010;29-11-2012, nº 914/2012).

Ciertamente, el ánimo o designio que presidió la voluntad del agente es lo decisivo. Ello resulta harto complejo por ser un acto interno tan difícilmente aprehensible que tan solo por deducciones o inferencias lógicas es posible atisbar (CF. STS 2164/93, de 4 de octubre).

3. Siendo así, no parece que la recurrente pueda tener razón. Se declara probado que la acusada, consciente y voluntariamente

prestó su colaboración a la distracción de una cantidad importante de dinero público, sabiendo que el dinero iba a ser aplicado a usos que nada tenían que ver con la función pública, ayudando así al delito cometido por otros en los cuales anidaba un obvio ánimo de lucro. Ella no es la autora material de la apropiación, sino una cooperadora necesaria. Coopera necesariamente a un delito en el cual unas autoridades se apropian de dinero público que ingresa en una sociedad en la que participan y con conciencia de que la primera subvención se aplicaría simplemente a retribuir al vendedor y a un tercero, y que la segunda se ingresaría en la entidad en la que ambos tienen intereses. La acusada recurrente sabe todo eso. Por ello está correctamente aplicado el tipo del art. 432 del Código Penal, en su condición de cooperadora necesaria.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

DECIMONOVENO.- El quinto motivo se basa en **infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por inaplicación indebida del art.14 CP, en relación con el art. 390.1º y 4º CP 432 del CP, y con el delito de Falsedad en documento oficial.

1. Se alega que la acusada no sabía ni podía conocer, como Directora General Insular de Comunicación, la mendacidad de los documentos que los particulares le presentan para interesar la creación de una partida nominativa, en orden a obtener la subvención que se interesaba, ni que los documentos, que posteriormente se le presentan, para acreditar que la actividad subvencionada se había llevado a cabo, fueran inveraces. Existe un ***error*** que incide en el dolo de Dña. Margarita; o de tipo positivo por un juicio equivocado sobre unos documentos que plasmaban una realidad en el fondo inexistente; o de tipo negativo por la falta de conocimiento o ignorancia sobre la verdadera realidad que le fue ocultada.

2. Los hecho probados relatan que: "Pues bien-ya fuera por la Sra. Munar, ya fuera por el Sr.Nadal-, el Sr.Conde y la Sra.Sotomayor conocieron de la participación de UM en la mercantil Video U, y de la contraprestación que facilitó la misma -la flexibilidad hasta la ilicitud en la concesión de subvenciones a favor de la mercantil Video U-.

La ideación y el desarrollo de este plan provino, obviamente, del principal interesado en ese momento, el Sr.Conde, y de la Sra.Sotomayor, Directora General de Comunicación del Consell

Insular, por cuanto ambos eran conocedores de que la entidad Video U iba a estar participada por los acusados Nadal y Munar. Así, ésta última, convocó en su despacho oficial al Sr.Oliver y al Sr.Conde e, introduciendo al Sr.Oliver en la imposibilidad de que la radio explotada por el Sr.Conde pudiera recibir más dinero con cargo a los fondos públicos y para salvar los reparos opuestos por la intervención, propuso al Sr.Oliver que instase la solicitud de una subvención para poder obtener dichos fondos y, con ellos, satisfacer los requerimientos del Sr.Conde y, a su vez, obtener fondos para el Sr.Oliver o para la entidad Video U en la que, todavía, participaba en su gestión. Sobre la garantía de que el Consell accedería a la concesión de la subvención, la Sra.Sotomayor informó a Conde y a Oliver que lo comentaría con sus superiores con la seguridad de que estos aceptarían la propuesta.

Obviamente, la única vía administrativa, para el aseguramiento de la finalidad concertada por los acusados, era acceder a una subvención de concesión directa."

Y sigue proclamando el *factum* que: "La confección del expediente de subvención nominativa, y buena parte de su tramitación material, fue asumida por la Directora General de Comunicación, Sra.Sotomayor.

El expediente para esta subvención se formó con la propuesta de modificación de créditos antedicha, un informe justificativo de la creación de la partida nominativa que, lacónicamente, "rezaba": *"Amb la fórmula de magatzem temàtic es tractarà el món de l´esport en general, i dels esports de competición en particular";* y fue elaborado y firmado por la Sra.Sotomayor. El 14 de octubre de 2004 se procedió a la retención del crédito de 120.00 euros que, al parecer, aun no constando todavía solicitud del pretendido beneficiario, era la cantidad a subvencionar. Cuatro días después, la Sra.Sotomayor elaboró un informe justificativo de la concesión de la subvención. El mismo día en el que tuvo entrada en vicepresidencia primera la solicitud de subvención cursada por el acusado Sr.Rullán -administrador de Video U- (18 de noviembre de 2004) el secretario técnico de la vicepresidencia, en informe de trámite, determinó la necesidad de recabar informe de fiscalización previa y, el mismo día, se elaboró el informe jurídico sobre la viabilidad administrativa de dicha solicitud y del expediente ad hoc. El informe de fiscalización previa de conformidad se emitió el 3 de diciembre de 2004 y, finalmente, el 9 de diciembre de 2004, la Presidenta

del Consell de Mallorca firmó la propuesta de concesión de la subvención a Video U para el "Patrocinio del programa de radio Temps d´esport". El 13 de diciembre de 2004, el Consell Executiu del Consell de Mallorca acordó aprobar el expediente de concesión de la subvención -con votación favorable de la Sra.Munar y del Sr.Nadal, ya socios de derecho de Video U-. En otro lacónico informe de la Sra.Sotomayor, el 22 de diciembre se informó favorablemente acerca de la ejecución de la actividad objeto de la subvención, y de la presentación de los justificantes correspondientes a los gastos generados; y, el mismo día la Presidenta del Consell de Mallorca, Sra.Munar, firmó el decreto por el que se resolvió reconocer la obligación del Consell, por importe de 120.000 euros, a favor de Videu U.

La justificación del gasto en la actividad subvencionada, a la que hacía referencia en informe de 22 de diciembre la Directora Insular de Comunicación, Sra.Sotomayor, fue presentada en día indeterminado del mes de diciembre y sin que conste sello de entrada, por el administrador de Video U, Sr.Rullán. En este conjunto documental se informaba que se entregaban los originales de las facturas correspondientes a los gastos de producción de la programación; si bien, no consta que se adjuntaran nóminas originales, ni facturas originales, o por fotocopia de gastos que figuraban como de "teléfonos, gasolina, asesorías, etc..", -llamativo dato teniendo en cuenta el tenor del escrito del Sr. Rullán en la solicitud de la subvención, en el que se informaba que el programa en cuestión, de 180 minutos de duración, iba a retransmitir en directo los partidos del Real Mallorca, dentro y fuera de la isla y, por tanto, serían abundantes los gastos generados por los viajes de personal y material-. De igual manera, huérfana era la justificación de más del 50% del importe de la subvención que se subcontrató con la mercantil -también en la esfera de los originarios socios de Video U- Ambbit Digital, S.L. y, de cuyas facturas presentadas se obtiene un importe mayor de coste que el declarado por Video U al Consell de Mallorca. Por otra parte, en la factura girada por Ambbit Digital S.L. a fecha 19 de diciembre de 2004, por importe de 76.560 euros se especifica, como uno de los gastos, la copia de las grabaciones del programa, en soporte CD, durante los meses de septiembre a diciembre de 2004.

El mismo día en el que se reconoce, por decreto, la obligación del Consell por el importe de la subvención concedida, el Sr.Conde, como Jefe de emisión de Ona Mallorca, emite un certificado de emisión del programa Temps d´Esport, de 195

minutos de duración, desde mediados de septiembre hasta ese mismo día -el manido 22 de diciembre de 2004-."

Así pues, el motivo parte del mismo presupuesto que los dos anteriores de la recurrente, contradiciendo el hecho probado. Porque lo que se dice en la sentencia es que, precisamente, la acusada conocía de las maquinaciones de los acusados (de hecho, en este caso se reprocha a la acusada que se le ocurriera a ella) para distraer dinero público. Por tanto, el hecho probado no presenta a una funcionaria sorprendida en su buena fe, sino como una persona que en concierto con otros decide sustraer unas cantidades importantes de dinero público, para lo cual consiente en instruir un expediente administrativo encubridor de la defraudación.

Conforme a ello , el motivo ha de ser desestimado.

VIGESIMO.- El sexto motivo se configura por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a la **presunción de inocencia** .

1. Para la recurrente no hay actividad probatoria suficiente para considerarla autora de un delito de fraude a la Administración pública, previsto y penado en el art. 436 CP. que le fue novedosamente imputado por las acusaciones pública y particular, en sus conclusiones definitivas.Y considera inexistente el soporte probatorio para la condena, basado en las reuniones que la acusada tuvo en su despacho con algunos acusados. Pues en ellas, la acusada no se concertó con ningún particular para defraudar caudales públicos ,ya que ni existió ese concierto ni hubiera sido posible, ya que la Dirección Insular de Comunicación no tenía competencias, ni podía realizar ningún acto tendente a la liquidación de efectos o haberes públicos.

2. Debe tenerse presente que el art **436** del CP (en su redacción anterior a la reforma producida por la LO.5/2010, de 22 de junio, que introdujo como sujeto activo, también al particular) castiga a "la autoridad o funcionario público que, *interviniendo* por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, *se concertara* con los interesados *o usase de cualquier artificio* ***para defraudar*** a cualquier ente público". Y ello supone que la acción típica consiste en el "concierto", esto es, en la puesta de acuerdo con los "interesados "o "especuladores"; con

lo que, ciertamente, no basta la mera solicitud o proposición dirigida a obtener el acuerdo, sino que es preciso que, efectivamente, se haya logrado el mismo, momento en el que se produce la consumación delictiva.

También es acción típica el uso de cualquier otro "artificio", esto es, de alguna "maquinación". En ambos casos, concierto o artificio, junto al dolo, exigen una intención final, consistente en "defraudar"al ente público (Estado, CA. Provincia o Municipio), cuyo logro no es preciso para la consumación, que basta con el concierto (Cfr. STS 996/94, de 14 de mayo).

Por otra parte, es este un delito de mera actividad que se consuma con que exista la concertación con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a la perfección del delito, y debe sancionarse en concurso medial. Es pues compatible con el delito de malversación (Cfr. STS 1537/2005, de 27 de septiembre).

3. La sala de instancia**,** en relación con el primer expediente, consideró probado que la acusada recurrente reunió en su despacho a los acusados Conde y Oliver (así lo declaró este último), llegando al acuerdo que determinaría la concesión de la primera subvención. La sentencia explica las razones por las cuales concluye que Sotomayor estaba en el corazón del acuerdo, ya que los hechos -previa aquiescencia de Nadal y Munar-, se fueron produciendo de acuerdo con ese plan, una vez que Sotomayor conoció que sus jefes eran accionistas de la entidad Video U (páginas 53 y siguientes). Tras esa reunión, la acusada Munar solicita información sobre trámites a seguir para la modificación de créditos; se crea una partida presupuestaria bajo la denominación "patrocinio programa Video U", y Sotomayor interviene materialmente en el expediente por vez primera, incluso antes de que nadie pida la subvención de manera formal. Asi sabemos que el dinero de la primera subvención, finalmente, fue entregado a Video U y luego a Oliver, las dos personas con las que se reunió la acusada para diseñar la operación. Ciertamente, no hay ausencia de pruebas, ya que la declaración del coimputado se ve corroborada por la realidad de lo ocurrido con posterioridad.

Por otra parte, no es cierto que ese concierto, que existió, no pudiera nunca tener un objeto posible al no tener competencias la acusada recurrente sobre la concesión de la subvención. Ella intervenía por razón de su cargo en esos actos administrativos

que debían determinar la concesión de la subvención, según relata la sentencia. Pero aún más, ella está de acuerdo con quienes han de aprobar materialmente las subvenciones, ya que eran sus beneficiarios directos. Escindir en una trama como ésta, las competencias administrativas de cada uno, no es admisible. Todos estaban de acuerdo, cada uno en el ámbito propio, para defraudar, malversar, falsificar o prevaricar, para conseguir sus objetivos.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

VIGÉSIMOPRIMERO.- El séptimo motivo alega **infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida de los arts.404 y 432 CP, en relación con los delitos de Prevaricación y Malversación de caudales públicos.

1. Destaca la recurrente la exigencia de que quien participe en el delito, como ***especial propio*** que es, ostente la categoría funcionarial, con capacidad para efectuar el acto administrativo –*resolución*- que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, de modo que siendo ella un ***extranneus*** es merecedora de la **atenuación** que prevé el art **65.3** CP, de acuerdo con una interpretación finalista del precepto, y con arreglo a los principios de proporcionalidad e individualización de la pena.

2. Ciertamente el art. 65.3 CP dispone que**: "***Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales **podrán** imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate"*. La expresión "podrán**"** evidencia el carácter **facultativo** para el tribunal de la rebaja de pena interesada. (Cfr. STS nº 1394/2009, de 25 de enero de 2010). La sentencia de instancia en su fundamento jurídico duodécimo segundo, apartado quinto, con relación a la penalidad correspondiente a la Sr. Sotomayor, **razonó** su decisión, señalando que correspondía imponer: -"por el delito de malversación continuada -en concepto de cooperadora necesaria- en concurso medial con falsedad en documento oficial -en concepto de autora-, fraude a la administración con carácter continuado -en concepto de autora- y prevaricación continuada -en concepto de cooperadora necesaria-, todos en continuidad, la pena de cinco años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de nueve años; la pena impuesta es la máxima dentro de

la mitad inferior de la pena legal y ello en atención a que, en la mayoría de los delitos cometidos por esta acusada resultó inducida por sus superiores y, al igual que en el caso de la motivación ofrecida en la individualización penológica de la Sra.Munar, atendiendo al contexto social y económico por el que se atraviesa, a la evidente inquietud del administrado ante la avalancha de casos similares y al desprecio ostentado en las conductas castigadas a los bienes públicos."Y en su apartado sexto el tribunal a quo, en relación con el coacusado Sr. Conde precisó que se imponía: "-por el delito continuado de malversación de caudales públicos, en concepto de inductor, en concurso medial con falsedad continuada en documento mercantil, en concepto de autor, prevaricación continuada y fraude continuado a la administración, ambos en concepto de autor, la pena de tres años de prisión (se rebajan los tres meses que las acusaciones añadían a dicha pena por cuanto opera en este acusado la atenuante del art. 65.3CP) e inhabilitación absoluta por tiempo de seis años. La pena privativa de libertad se impone en su grado máximo por cuanto el Sr.Conde resultó ser uno de los principales instigadores para la elaboración del plan delictivo consistente en hacer efectiva la malversación deseada; la inhabilitación absoluta se deja en su mínimo legal, aún no siendo correlativo con la pena privativa con que conjuntamente se pena esta conducta, en atención al principio acusatorio."

Fácilmente se advierte que el de la recurrente no es el mismo caso que el del acusado Sr. Conde, para el cual no existían esos específicos deberes de fidelidad a los intereses de la administración o de imparcialidad como alto cargo del Consell insular. La acusada ha sido condenada como cooperadora de los delitos para los cuales reclama la rebaja, pero en ella concurría la condición de autoridad al igual que a los condenados como autores. El Tribunal, que, a tenor de lo dispuesto en el art. 65.3 puede hacer uso de la facultad señalada en ese artículo y rebajar la pena, opta, legítimamente, por no hacerlo, explicándolo adecuadamente.

No hay vulneración en la aplicación de la ley penal, por lo que procede la desestimación del motivo.

(4) Recurso de D. Alfredo Conde Bonnin

La sentencia de instancia condenó al acusado D. ALFREDO CONDE BONNIN (Director de la emisora de radio ONA MALLORCA), por el delito continuado de **malversación** de

caudales públicos, en concepto de ***inductor,*** **en concurso** medial con falsedad continuada en documento mercantil, en concepto de *autor*, prevaricación continuada y fraude continuado a la Administración, ambos en concepto de *autor*, con la concurrencia de la circunstancia atenuante del art. 65.3 CP, a **la pena** de tres años de prisión y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis años. Imposición de una octava parte de las costas procesales, y responsabilidades civiles.

VIGÉSIMOSEGUNDO.- El primero de los motivos se articula por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a la **presunción de inocencia**.

1. Todo ello se predica en relación con los delitos continuados de malversación de caudales públicos (art. 432 del CP) y fraude (art. 436). Considera huérfana de prueba la afirmación de la sentencia de que hubo un pacto entre la acusada Sotomayor, el acusado Oliver y el recurrente para que Video U obtuviera una subvención con el ánimo de no llevar a cabo la actividad objeto de la misma; y considera también carente de prueba la afirmación de que Sotomayor y Conde conocían que los coacusados Nadal y Munar iban a adquirir acciones de Video U. Señala además como incorrecta la apreciación de la Sala de que los hechos probados no constituyen una infracción de fraude de subvenciones que no alcanzaría el límite cuantitativo establecido en el art 308 del Código Penal. Señala que la sentencia vulnera la doctrina jurisprudencial sobre la prueba indiciaria para establecer la responsabilidad del acusado, y que contiene contradicciones en su fundamentación jurídica, que detalla. Además, señala lo absurdo de la cronología que plantea la Sala. Así, constando que la compraventa de las acciones por Munar y Nadal se produjo en noviembre de 2004, no podían conocer Sotomayor y Conde que esas personas tuvieran participación en la compañía de Video U meses antes; o que se diga que Oliver no sabía quien le compraba las acciones de Vídeo U, y si lo supiera el acusado recurrente. Indica que la sentencia no señala de dónde viene la inferencia de que el recurrente sabía -con Sotomayor- que las acciones las había comprado Unión Mallorquina y Munar y Nadal. De todo ello, y del hecho de que la acusada Sotomayor no tuvo interés económico alguno en la operación, infiere el recurrente que la sentencia adopta una posición voluntarista, para evadir los óbice técnicos que plantea la elevación de los límites legales (de 80.000 a 120.000 euros) establecidos para el art. 308 del Código Penal por la reforma de 2010, aplicables con efecto

retroactivo por se favorables al reo, conforme al Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 25-X-2005, en el delito de obtención de subvención ,falseando las condiciones requeridas).

2. Remitiéndonos a cuantos fundamentos doctrinales y jurisprudenciales en su momento expusimos con relación a los motivos similares de los otros recurrentes, ahora diremos, en primer lugar, que es claro -tal como lo explica, en las páginas 88 y 89 la sentencia- que para la aplicación del tipo del fraude de subvenciones era preciso que hubiera habido un engaño a quienes habían de conceder la subvención, pero este no es el caso. Aquí estaban todos ellos involucrados. Por ello no ha habido una calificación voluntarista por parte de la Sala de instancia en relación con el punto que aborda el recurrente. El deslinde con la pretendida figura, y el rechazo de esa calificación alternativa, está bien efectuado. La sala de instancia precisa que: "Ello por cuanto para la subsunción de los hechos en dicho tipo penal era requisito necesario la acreditación de que la Sra. Sotomayor, y por ende el Sr. Nadal y la Sra. Munar, habían sido engañados por el Sr. Oliver y el Sr. Conde y, como ya hemos reiterado en numerosas ocasiones a lo largo de esta resolución, no solo los referidos tres altos cargos del CIM no fueron engañados sino que estaban concertados previamente con el Sr. Oliver y el Sr. Conde para llevar a cabo las actividades que fuera menester para dar salida a los fondos públicos requeridos por éstos."

Desde otro punto de vista, la sentencia no contiene los los errores del calado de los que afirma el recurrente, que mezcla afirmaciones del hecho probado con párrafos de la fundamentación jurídica para extraer esas contradicciones. Por un lado, nada hay de extraño en el hecho de que la compraventa de las acciones por parte de Munar y Nadal se realizara en noviembre de 2004 a través de testaferros, con el hecho de que esos testaferros hubieran de ser buscados cuando la decisión de comprar las acciones (y por tanto el acuerdo para ello) se había tomado. Es perfectamente coherente con la posición de la Sala el hecho de que ya en agosto de 2004, la acusada Munar comenzara a interesarse por las formalidades para la concesión de subvenciones no presupuestadas previamente; y por tanto, perfectamente razonable que la Sala acepte la declaración de Oliver en el sentido de que unos meses antes del inicio del expediente administrativo se produjo la reunión en el despacho de la acusada Sotomayor con Conde y el propio Oliver, y que ella misma reconoce que ocurrió, aunque se discrepe de lo que

en ella se habló. Pensemos que estamos hablando de una toma en el capital de Video U claramente ilegal por parte de las dos primeras autoridades de Mallorca: las cautelas y los sigilos son en este contexto una exigencia natural.

No se aprecian, pues, desfases temporales, sino más bien una exposición interesada de los principales hitos de los hechos. Debemos señalar unos datos que son importantes, y que también lo fueron en la sentencia. Por un lado, el hecho de que el dinero de la primera subvención fuera al acusado recurrente de manera íntegra. Como apunta el Ministerio Fiscal, ¿qué razón diferente de la que apunta la sentencia puede haber para que Oliver ceda los 120.000 euros (en lugar de partirse el importe) a Conde, si no es por las garantías que Sotomayor dio de que habría otra subvención posterior?. Que un porcentaje de las acciones de Video U las habían comprado Nadal y Munar (Unión Mallorquina) lo conocieron Conde y Sotomayor. La sentencia no puede afirmar de parte de quién provino la información, pero afirma que éstos sabían de la compra y lógicamente vino de uno de los jefes de Sotomayor. Lo relevante es que tanto el acusado recurrente como Sotomayor conocieron ese hecho, porque obviamente el camino para la obtención de ayudas públicas se simplificaba enormemente. Pensemos que la actividad que el acusado realizaba (era el director de Ona Mallorca, subvencionada al 100 por 100 por el Consell) no había obtenido un contrato adicional de 57.000 euros por realizar la misma función que ya estaba subvencionada. El modo de hacerse con esa cantidad era la mitad de la subvención que recibiría Video U, a cuyo fin el acusado libra un certificado de emisión de un programa de deportes en diciembre de 2004 para justificar la subvención. Pero el acusado no recibe los 60.000, sino todo.Y Oliver lo permite porque sabe que más adelante -muy pronto- llegará a Video U otra subvención que no ya compartirá. La sentencia, en sus páginas 76 y 77 aborda esta cuestión con detenimiento.

"La intervención de éste último (Sr. Conde Bonnin) y cómo alcanzó conocimiento de lo que acontecía -dice la sentencia-, se desconoce en su origen, mas teniendo en cuenta que su primera aparición se sitúa en el despacho de la Sra. Sotomayor, la cual convocó al referido y al Sr.Oliver y, en cuya reunión estos dos últimos acordaron repartirse la primera subvención al 50% -si bien luego, el importe de esta subvención se entregó en su totalidad al Sr.Conde- conducen irremediablemente a considerar, como única explicación lógica, que la Sra.Sotomayor -enlace

entre el Sr.Conde y el Sr.Oliver- conocía el plan delictivo en el que participaban sus superiores con el Sr.Oliver y su empresa y fue ésta junto con el Sr.Conde quien indujo al Sr.Oliver a solicitar la subvención, recibiendo órdenes de sus superiores de facilitar las cuestiones que vinieran propuestas por el Sr.Oliver, inducción que se vio reflejada cuando, finalmente, el Sr.Rullán, como administrador de Video U, instó la concesión de una subvención que fue registrada en vicepresidencia el 18 de noviembre de 2004."

La sentencia señala en su fundamentación jurídica que Oliver -"según relata" éste- no sabía quien había adquirido en realidad las acciones de Video U. Lo relevante, en relación con la contradicción que señala el recurrente, no es que Oliver lo conociera o no; lo relevante es que lo conocieran Sotomayor y Conde. Y no es extraño que estos lo conocieran (dado que toda la operación tenía que contar necesariamente con ciertas garantías dadas a Sotomayor por parte de sus jefes) antes que Oliver. En todo caso, no se evidencia contradicción alguna, ni es absurda la conclusión de la sala de instancia.

No es tampoco ningún contraindicio el hecho de que la acusada Sotomayor no tuviera interés económico en esta operación. Ella actúa de manera claramente ilícita a lo largo de mucho tiempo, y lo hace básicamente a las órdenes de sus jefes y con las garantías que recibe de estos; y una vez más la versión de Oliver sobre este particular se confirma con lo que va ocurriendo en otoño de 2004 con la iniciación del expediente y su rápida aprobación para subvencionar a Video U.

En conclusión, ni procede la aplicación del art. 308 del Código Penal; ni las inferencias de la Sala en los aspectos que resalta el recurrente son absurdas o irracionales; ni los indicios son contradictorios entre si o están huérfanos de prueba; ni hay ausencia de pruebas; ni por último hay conflicto en las fechas que señala la Sala de instancia como esenciales en el desarrollo de los hechos.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

VIGÉSIMOTERCERO.- El segundo motivo busca su cauce por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 2 de la CE, en cuanto garantiza el derecho a **un proceso con todas las garantías, y a un juez imparcial,** en cuanto se ha vulnerado el **principio acusatorio.**

1. Sostiene el recurrente que ha sido condenado por un delito de **prevaricación** administrativa del art 404 del CP, del que no venía siendo acusado. Se verifica en la propia sentencia (Pag. 6 in fine y 7 y 9) que el Sr. Conde no fue acusado del delito de prevaricación administrativa, por lo que el pronunciamiento condenatorio contenido en la sentencia (pag. 108 in fine y 109, así como pag 112, párrafo segundo) vulnera los expresados derechos fundamentales.

2. Dijimos en el fundamento de derecho 2º de nuestra sentencia 975/2002 de 24 de mayo que: "El principio acusatorio, fundamental en nuestro proceso penal, que ya desde la fase de instrucción se manifiesta en la necesaria atribución de la función de instruir a un órgano distinto de aquel al que corresponde la de juzgar, tiene, pues, en el ámbito del juicio oral y la sentencia, una doble vertiente. En primer lugar, relacionándose con el derecho a un juez imparcial, exige la separación entre quien acusa y quien juzga e impide que el Juez o Tribunal responsable del enjuiciamiento adopte iniciativas que corresponden a la acusación. De esta forma, el Tribunal no puede incluir en la sentencia elementos de cargo, perjudiciales para el acusado, que no hayan sido incorporados por las acusaciones, ni puede condenar por un delito más grave que el contenido en aquellas, ni siquiera previo planteamiento de la tesis del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si no es acogida por alguna de ellas. El Tribunal deberá moverse solamente dentro del ámbito marcado por las acusaciones de manera que exista una correlación entre acusación y sentencia, y podrá condenar por delito distinto solo si es homogéneo, de forma que sus elementos estén contenidos en el delito objeto de acusación, y no es más grave que éste. En segundo lugar, desde la óptica del derecho de defensa, el Tribunal no puede incorporar a la sentencia ningún elemento de cargo del que el acusado no haya podido defenderse, lo cual exige el previo conocimiento del mismo y el tiempo suficiente para la preparación de la defensa. Así pues, la introducción de los elementos acusatorios corresponde a la acusación y ha de hacerse de forma que el acusado pueda defenderse adecuadamente de los mismos."(Cfr. STS 17-5-2007, nº 400/2007).

3. Examinadas las actuaciones, conforme autoriza el art. 899 de la LECr.se comprueba que por ninguna Acusación pública, popular, ni particular, en su escrito de conclusiones definitivas, le fue imputado al Sr. Conde Bonnin el delito de prevaricación continuada, previsto en el art . 404 del CP, en relación con el art

74 CP, a los que hace referencia la sentencia en su fundamento jurídico duodécimo, apartado 6, en sus pag. 108 in fine y 109, así como en su fallo, pag 112, párrafo segundo. Los folios 7 y 13 de los **antecedentes** de la propia sentencia reflejan esa ausencia de atribución por parte del Ministerio Fiscal y de la Acusación particular; y solamente en los fº 13,14 y 15 se hace referencia a la imputación de este delito, en concepto de *cooperador necesario*, por parte de la Acusación popular, **sin duda por error**, ya que, en los propios antecedentes, al fº 17 de la sentencia, solamente se refleja la solicitud por tal parte de la *pena* de 3 años y 3 meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 6 años, por el delito de malversación, en concurso medial con falsedad continuada en documento mercantil. Y, según es de ver en el acta de la sesión del **juicio oral** de 30-5-2012, y en su grabación (vídeos nº 28, 29 y 30), el letrado de la misma parte en el trámite y, con motivo del incidente de su solicitud de expulsión del procedimiento (resuelto negativamente), se remitió expresamente a su escrito de calificación provisional de fecha **7-5-2012**, en cuyas páginas 21 y ss, se atribuye al Sr. Conde Bonnin el delito de malversación continuada, en concurso medial con el de falsedad continuada en documento mercantil, pero no el de prevaricación continuada, que tan solo se imputa a los coacusados Munar, Nadal y Sotomayor. Por otra parte, la propia sentencia de instancia, en su fundamento de derecho primero (fº 31 a 33) aunque razona la no expulsión del proceso de la Acusación popular, proclama que, dada su tardía personación, no cabía en ella sino la formulación de una calificación adhesiva a la del Ministerio Fiscal, reprochándole su actuación irregular, sino espúrea, al no acusar a las Sras. Sotomayor y Munar. Pero aún admitida la tardía calificación de la Acusación popular, ni siquiera en su objetado escrito de calificación definitiva, de 30-5-2012, se modifica respecto del Sr. Conde la atribución delictiva formulada en los términos antes transcritos.

En definitiva, como apunta el Ministerio Fiscal que apoya el motivo, verificado el escrito de conclusiones definitivas del Fiscal, y no constando ninguna otra acusación que reclamara para el acusado recurrente el castigo por delito de prevaricación, parece claro que se ha vulnerado el principio acusatorio ya que el recurrente no ha podido defenderse de una petición en tal sentido de una parte acusadora. Procede la estimación del motivo y la absolución del acusado recurrente por el delito de prevaricación del que ha sido condenado, como se acordará en segunda instancia.

VIGÉSIMOCUARTO.- El tercer motivo se basa en **infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art.28, en relación con 404 del CP, delito de Prevaricación administrativa.

1. Se alega que, declarándose en los hechos probados de la sentencia el carácter de *extranneus* del Sr. Conde, resulta palmario que no puede ser declarado autor de un delito *especial propio*, como es el de prevaricación del art 404 CP, resultando ello incompatible con el art 65.3 CP.

2. Ciertamente, como admite el Ministerio Fiscal-además de lo dicho con relación al motivo anterior- resulta difícil entender la construcción jurídica de una autoría directa para una persona en quien no concurre la condición de funcionario público.

Para la Jurisprudencia, el delito de prevaricación admite la participación en calidad de *cooperación necesaria*, tanto por parte del *extranneus* no funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una resolución injusta con una intervención administrativa previa, no decisoria, pero sí decisiva, supuesto que en ocasiones se ha calificado de coautoría sucesiva, (Cfr STS nº1439/99, de 21 de diciembre). Así se considera que no puede imputarse la *autoría* de este delito a quien no es funcionario público. Sí, en cambio a los *cómplices y cooperadores necesarios*, así como a los *inductores*. En tal caso, puede utilizarse por vía indirecta el art 65 CP para rebajar la pena teniendo en cuenta el necesario disvalor de la acción del extraño (Cfr. STS 627/2006, de 8 de junio).

Consecuentemente, el motivo ha de ser igualmente estimado.

VIGÉSIMOQUINTO.- El cuarto motivo se configura **por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida de los arts.28 y 432 CP, en relación con el delito de Malversación de caudales públicos.

1. Se alega que imputándose por el Ministerio Fiscal el delito a título de *cooperador necesario*, la sentencia, (pag 98, párrafo último y 99, así como pag 112) estima que su forma de participación es la de ***inductor***. Sin embargo los hechos probados -en contra de las exigencias de la jurisprudencia que se cita (por ej. STS de 2-12-2008)- no describen incitación suficiente y eficiente, ni la persuasión psicológica que exige la inducción, para que el Pleno del Consell Insular de Mallorca de

15 de noviembre aprobara la subvención nominativa Video U, con cargo a los presupuestos de la institución del ejercicio de 2005.

2. La sentencia de instancia, en su fallo, manifiesta condenar al acusado D. ALFREDO CONDE BONNIN, por el delito continuado de **malversación** de caudales públicos, en concepto de ***inductor,*** **en concurso** medial con falsedad continuada en documento mercantil, en concepto de autor, prevaricación continuada y fraude continuado a la Administración, ambos en concepto de autor, con la concurrencia de la circunstancia atenuante del art. 65.3 CP, a la pena de tres años de prisión y a la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis años. Imposición de una octava parte de las costas procesales, y responsabilidades civiles.

Y, ciertamente, en los folios citados y en el 108 de la sentencia los juzgadores *a* quo, explican que: "Como *inductor* ha de ser calificada la conducta del Sr. Conde en el delito de malversación de caudales públicos, en sendas subvenciones, en tanto la ideación del plan delictivo partió de la ya referida reunión que mantuvo con la Sra.Sotomayor y el Sr.Oliver en su despacho y en la que se concertaron para la solicitud de la primera subvención -cuyo importe se repartiría al 50% con el Sr.Oliver (o su empresa)-, si bien, y desconociendo el motivo de ello, como fuera que una vez concedida la subvención el Sr.Conde quiso quedarse con la totalidad del importe, indujo al Sr.Oliver para pedir una segunda subvención cuya concesión le garantizaba la Sra.Sotomayor, la cual obtuvo el beneplácito, expreso o tácito, de sus superiores para ello, de modo que en los presupuestos del CIM para el año 2005, aprobados el 15 de noviembre de 2004, ya contenían una partida nominativa en concepto de subvención para Video U por actividad que ni se iba a realizar, ni se llevó a cabo."…

Pero, además de estas aportaciones fácticas contenidas en el fundamento de derecho décimo, apartado II, el mismo *factum*, oportunamente hace constar que el plan para defraudar al Consell a través de subvenciones que habrían de concederse a Video U (entidad en la que habían tomado parte del accionariado los acusados Munar y Nadal, si bien todavía no se había escriturado la adquisición de esas participaciones -noviembre de 2004-) nace de los acusados Conde y Sotomayor. Estos sabían que los dos principales cargos políticos de Mallorca entraban en el accionariado de Video U y se reunieron con Oliver,

administrador de la compañía para hablarle del plan a ejecutar. Con ello, por un lado, Video U recibiría la financiación pública que deseaba; por otro, Conde recibiría una cantidad de dinero parecida a la que infructuosamente reclamaba de la Administración. Poco a poco, todos se ponen de acuerdo en la realización del plan delictivo: Sotomayor, Conde, Oliver, Nadal y Munar. Pero el origen del "plan defraudador" (página 21 de la sentencia) proviene de Conde y Sotomayor.

Y así precisa la sala de instancia (fº 22) que: "La ideación y desarrollo de este plan provino, obviamente del principal interesado en ese momento el Sr. Conde y de la Sra Sotomayor…"

Naturalmente, como sucedía con Sotomayor, la participación de Conde no se limita a incidir sobre el ánimo de otros para cometer el delito de malversación, sino que -desde su lado, desde el lado del beneficiario de la subvención- aporta documentos y certificados que se reputan falsos asegurando que se había realizado la actividad subvencionada, a fin de que esos documentos cuenten con la aprobación de Sotomayor. ¿Es inducción la conducta del acusado narrada en el hecho probado?. Inducir es determinar dolosamente a otra persona un hecho doloso, a un hecho determinado. Desde luego no significa la anulación de la voluntad del inducido. El inducido sabe también que va a cometer un delito, pero lo acepta y asume sus consecuencias siendo autor del mismo. Desde nuestro punto de vista las consideraciones de la sentencia sobre el modo en que Sotomayor y Conde ponen en marcha la maquinaria para defraudar (página 53) caudales públicos es inducción, aunque luego, además, contribuyan de manera decisiva en la perpetración del delito. El hecho delictivo es el constitutivo de la malversación de caudales públicos. Las personas inducidas son Nadal y Munar, quienes son accesibles para Sotomayor. Y que aceptan encantadas, por cierto. Por ello, la sentencia afirma que Sotomayor es quien controla todo el proceso (página 54), y que Nadal y Munar entran a formar parte del acuerdo de voluntades para delinquir después de los citados acusados (página 62).

En el caso de la segunda subvención, la idea surge una vez más de Conde, en inferencia que la Sala refleja en el folio 95 de la sentencia. Por ello, al tratarse de un plan para defraudar al Consell Insular -la referencia a un "plan" es una constante en los hechos probados y en toda la sentencia- no puede el acusado recurrente sustraerse a la responsabilidad contraída, máxime

cuando también tiene su intervención en esa segunda subvención: la seguridad de la concesión de la misma es lo que le permite quedarse íntegramente con el importe de la primera.

Por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

VIGÉSIMOSEXTO.- El motivo quinto se articula **por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 436, 28 y 65. 3 CP, por haberse apreciado un delito de Fraude a la Administración.

1. Considera el recurrente que la calificación del delito de fraude continuado contra la administración en calidad de inductor no se compadece con el relato de hechos probados, indicando que no aparece que el acusado recurrente tuviera conocimiento y dominio funcional sobre el destino real de la suma objeto. En este sentido señala que una serie de errores en la sentencia, que le condena como autor del delito aunque le aplica el art. 65.3 del Código Penal como cooperador necesario, título de imputación al que se refiere la motivación de la sentencia en la página 99. Y señala también que no hay en el hecho probado la narración del concierto para la segunda subvención a Video U, a cargo de los presupuestos del Consell insular del año 2005

2. Parece evidente que la consideración de autor que en el fallo de la sentencia se atribuye al acusado en relación con el delito de fraude a la Administración, se trata de un error sin más trascendencia para el acusado ya que se le aprecia una atenuación tan solo posible para el cooperador necesario. La sentencia, en su página 87 dice literalmente lo siguiente: "Tratándose de un delito especial propio, el extraneus debe ser castigado como inductor, cooperador necesario o cómplice, sin ruptura del título de imputación, con la atenuación de no ser funcionario". Y efectivamente, en la página 103 de la sentencia se hace referencia a la aplicación del art. 65.3 del Código Penal entre otros al acusado recurrente. Sin embargo, se le condena como autor material del delito, con la atenuación del art. 65.3. Ello es erróneo por parte de la Sala, pero resulta indiferente materialmente a la responsabilidad del acusado.

En cuanto a la falta de constancia en el hecho probado de las bases para condenar al acusado por fraude contra la Administración, hemos de señalar que los hechos probados recogen efectivamente la existencia de un concierto entre funcionarios públicos y particulares para defraudar a la

Administración en la que interviene el acusado. En relación con la segunda subvención, es claro que las garantías que el acusado recurrente le da a Oliver de que habrá una segunda subvención -y efectivamente la hubo- en el año 2005 fue lo que le permitió embolsarse el importe íntegro de la primera. Oliver nunca le hubiera autorizado a ello, nunca hubiera transigido con ello sino fuera porque sabía, merced a las garantías dadas por Conde de que habría otra subvención. Otra subvención que llegaría de la misma manera que la primera. El recurrente no quiere ver en esos hechos -que describe en su escrito de impugnación- un concierto exactamente igual que el primero. Pero ese concierto está ahí y es lógicamente imposible que las cosas ocurrieran como ocurrieron y que se cediera por Oliver el importe de la primera subvención al acusado recurrente, si no fuera porque estaba ya establecido -y Oliver tuvo las garantías de ello que se detallan en la sentencia- que habría otra subvención de igual importe.

Por todo ello , el motivo ha de ser desestimado.

VIGÉSIMOSEPTIMO.- El motivo sexto se apoya en **infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida del art. 436, en relación con el art 74 CP, por haberse apreciado un delito continuado de Fraude a la Administración.

1. Se alega que la sentencia aprecia la continuidad delictiva del art 74.1 CP, en relación con el delito de fraude a la Administración, del art 436, de mera actividad, no narrándose en el *factum* pluralidad de acciones u omisiones que integrarían dicho delito continuado. Existiría un solo acuerdo, en el que se incluirían la primera y la segunda subvención.

2. El motivo no puede prosperar porque hubo un plan, en el curso del cual se cometieron varios delitos. Si el acuerdo hubiera sido únicamente el de defraudar a la Administración a través de la primera subvención, no habrían pedido la segunda. Pero la pidieron, y las circunstancias que rodean esa segunda subvención permite inferir como hace la sentencia, que la segunda subvención no estaba en la cabeza de los acusados cuando se conciertan para solicitar la primera. Es decisivo el cambio de opinión de Oliver, al acceder a que el acusado recurrente se quedara con el importe íntegro de la primera subvención, en contradicción con el acuerdo que había entre ellos de repartirse la primera subvención. Así, cuando surge la oportunidad y el

concierto de gestionar una segunda subvención, lo hacen. Y cuando Oliver tiene garantías de que la segunda se dará como la primera accede (diciembre de 2004) a que Conde se lleve el importe completo de esa subvención, porque la segunda será íntegra para Video U.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado.

VIGÉSIMOCTAVO.- El séptimo motivo viene a configurarse por **infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por aplicación indebida de los arts.74.2 y 432 CP, en relación con la continuidad del delito de Malversación de caudales públicos.

1. Se sostiene que la sentencia aprecia, respecto del Sr. Conde, la continuidad delictiva del art 74.2 CP, en relación al delito de malversación de caudales públicos del art 432 CP, a cuya figura dedica la fundamentación jurídica del apartado II del FJ Cuarto (pag 67 y 68), sin atribuir al Sr. Conde conocimiento ni, consecuentemente, dominio del hecho consistente en desviar la suma objeto de la segunda subvención.Y sin que se narre en la sentencia el conocimiento, el dolo, que constituiría requisito ineludible para apreciar alguna participación del Sr. Conde en el pretendido desvío de esa segunda subvención de 2005.

2. El fundamento del motivo es idéntico que en el caso del motivo anterior: se afirma que Conde no tuvo participación alguna en la segunda subvención, lo cual no es obviamente cierto: la tuvo en varios aspectos ya que como hemos señalado antes, si no hubiera habido una segunda subvención -y el acusado recurrente no hubiera garantizado de manera suficiente ante Oliver que se concedería- no hubiera podido recibir íntegro el importe de la primera. Y ello al margen de que el acusado presentó documentación suficiente para justificar unas actividades que la sentencia considera que nunca se realizaron con la finalidad de completar ambos expedientes, el primero y el segundo, de subvención.

Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

VIGÉSIMONOVENO.- El octavo motivo se articula **por infracción de ley,** al amparo del art. 849.1 de la LECr., por inaplicación indebida del art. 390.1º .2ª CP, en relación con el delito de Falsedad documental .

1. Se precisa que**,** estimado por el tribunal de instancia que no puede condenarse al Sr. Conde por delito de falsedad en la confección de facturas, se estima probado -y constituye el hecho que finalmente se sanciona- que obran en el expediente administrativo dos certificaciones de emisión libradas por el Sr. Conde Bonnin en nombre de STUDIO MEDIA COMUNICACIÓN SL, certificados que no participan de la naturaleza de documentos mercantiles, ni de modalidad falsaria típica alguna encuadrable en los tres primeros números del art 390, siendo certificaciones genuinas en cuanto a su origen, pero inveraces, tratándose a lo sumo de una falsedad ideológica del apartado 4º del expresado artículo, penalmente atípica (art 392 CP).

2. Las certificaciones de emisión por Ona Mallorca en las dos subvenciones concedidas indebidamente; son certificaciones originales y firmadas por el acusado recurrente. Y en cuanto que no reflejan la realidad de lo manifestado en ellas, y que tienen una trascendencia determinante en los dos expedientes administrativos tramitados para la concesión de las subvenciones, son falsedades perfectamente típicas. En primer lugar son documentos mercantiles, ya que no otro carácter hay que conferir a un documento emanado de una sociedad limitada, que da cuenta de una actividad prestada en el ámbito de su objeto social. Y, por otra parte, tienen un componente de lesividad, de antijuricidad material indudable ya que posibilitan que los expedientes se cierren tras haber sido concedidas las subvenciones. La sentencia acierta al subsumir los hechos en el tipo penal del art. 390.1.2 del Código Penal respecto del acusado.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado.

TRIGESIMO.- El noveno motivo se formula por infracción de **precepto constitucional,** al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 24. 1 y 120.3 de la CE, en relación con el art 66.1.6ª CP, por falta de **motivación** adecuada de la **individualización de la pena.**

1. Se reprocha que la sentencia combatida imponga al Sr. Conde Bonnin la pena privativa de libertad en su grado máximo (tres años), sin que contenga motivación suficiente, cuando la pena de inhabilitación se impone en el mínimo (6 años), en atención -dice la sentencia- al principio acusatorio.

2. No puede compartirse la crítica del recurrente. Es más puede decirse que al acusado le resulta una pena ciertamente moderada

para la responsabilidad incurrida y apreciada en sentencia, el grave perjuicio causado a la Hacienda insular y considerando la existencia de un concurso medial de delitos continuados (a uno de los cuales no procede aplicarle la rebaja del art. 65.3 del Código Penal, la falsedad documental continuada, y respecto de todos los cuales hay que aplicar las reglas del art. 77 del Código Penal).

En concreto, la sentencia de instancia, en su fundamento jurídico duodécimo, tras indicar que se le impone al acusado la pena de tres años de prisión y que se rebajan tres meses, por cuanto opera en él la atenuante del art 65.3 CP, e inhabilitación absoluta por tiempo de seis años, precisa que : "La pena privativa de libertad se impone en su grado máximo por cuanto el Sr. Conde resultó ser uno de los principales instigadores para la elaboración del plan delictivo consistente en hacer efectiva la malversación deseada; la inhabilitación absoluta se deja en su mínimo legal, aún no siendo correlativo con la pena privativa con que conjuntamente se pena esta conducta, en atención al principio acusatorio.

Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado, sin perjuicio de lo que en relación con la estimación de los motivos segundo y tercero del mismo recurrente, digamos en segunda sentencia.

TRIGÉSIMOPRIMERO.- La **desestimación** del recurso de casación interpuesto por la representación de DÑA. MARGARITA SOTOMAYOR VICENS lleva consigo la imposición a la misma de las **costas** causadas, de conformidad con las previsiones del art. 901 de la LECr**.**

Y la **estimación parcial** de los recursos de casación igualmente interpuestos por las representaciones de DÑA. MARIA ANTONIA MUNAR RIUTORT, D. MIGUEL NADAL BUADES Y D. ALFREDO CONDE BONNIN, conlleva la declaración de oficio de las **costas** de sus respectivos recursos.

III. FALLO

Debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, interpuesto por la representación de DÑA. MARGARITA SOTOMAYOR

VICENS contra la Sentencia dictada con fecha dieciséis de julio de dos mil doce, por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en causa seguida por delitos de Negociaciones prohibidas a los funcionarios, Malversación de caudales públicos, Falsedad documental, Prevaricación y Fraude a la Administración, condenando a dicha recurrente al pago de las **costas** ocasionadas en el presente recurso.

Y debemos **estimar parcialmente** los recursos de casación por infracción de Ley y precepto constitucional, y por quebrantamiento de forma, interpuestos por las representaciones de DÑA. MARIA ANTONIA MUNAR RIUTORT, D. MIGUEL NADAL BUADES, y D. ALFREDO CONDE BONNIN contra la misma Sentencia, declarando de oficio las **costas** correspondientes a sus respectivos recursos, como también las del Ministerio Fiscal y la Acusación particular, conforme al art. 901 LECr.

Comuníquese esta sentencia, y la que a continuación se dictará, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

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

D. Carlos Granados Pérez D. Andrés Martínez Arrieta D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Francisco Monterde Ferrer D. Manuel Marchena Gómez

1921/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: **Francisco Monterde Ferrer**

Vista: **19/09/2013**

Secretaría de Sala: **Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: **696/2013**

Excmos. Sres.:

D. Carlos Granados Pérez

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Manuel Marchena Gómez

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída 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 veintiséis de Septiembre de dos mil trece.

Por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Mallorca, en el Rollo de Sala nº 92/2011, correspondiente al Procedimiento Abreviado número 4090/2010, tramitado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Palma de Mallorca, se dictó sentencia de fecha 16 de Julio de 2012, 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. Francisco Monterde Ferrer, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la nuestra anterior y los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida .

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de nuestra Sentencia anterior y los de la Sentencia parcialmente rescindida en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

SEGUNDO.- En su virtud, de acuerdo con los fundamentos de derecho cuarto, décimo tercero, vigésimo tercero y vigésimo cuarto de la sentencia anterior, los hechos declarados probados no son constitutivos del delito continuado de **negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios**, tipificado en el art. **439 CP**, en relación con el art **74** CP, por el que fueron condenados los recurrentes DÑA MARIA ANTONIA MUNAR RIUTORT, y D. MIGUEL NADAL BUADES; y tampoco del delito continuado de **prevaricación administrativa**, comprendido en el art.404 CP, en relación con el art 74 del mismo texto legal, por el que fue condenado D. ALFREDO CONDE BONNIN.

TERCERO.- Consecuentemente, procede **absolver** a los referidos acusados DÑA. MARIA ANTONIA MUNAR RIUTORT, y D. MIGUEL NADAL BUADES del delito negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios; y a D.

ALFREDO CONDE BONNIN del delito continuado de prevaricación administrativa. Todo ello con la respectiva reducción proporcional de las costas de la instancia.

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, en cuanto a la SRA. MUNAR RIUTORT Y AL SR. NADAL BUADES no afectando la supresión del referido delito, junto con sus penas de multa e inhabilitación especial, a las penas impuestas en virtud del juego de las normas que, para el concurso entre los delitos continuados subsistentes, establecen los arts 74 y 77 CP, en relación con los arts 432.1, 404, 390.1.2º y 4º y 436 y 65.3 del mismo texto legal, y respetando los criterios penológicos expuesto por el tribunal de instancia en su fundamento jurídico duodécimo.

Y se mantiene el resto de los pronunciamiento de la sentencia de instancia, en cuanto al SR CONDE BONNIN, si bien, vistos los citados preceptos jurídico penales, y por aplicación del principio de proporcionalidad, se le reduce la pena impuesta de tres años de **prisión** a la de **2 años, siete meses y quince días**, manteniéndose la de inhabilitación absoluta en los seis años.

III. FALLO

Debemos **absolver y absolvemos**, con todos los efectos favorables, a DÑA. MARIA ANTONIA MUNAR RIUTORT, y a D. MIGUEL NADAL BUADES del delito **negociaciones** y actividades prohibidas a los funcionarios, por el que fueron condenados; y a D. ALFREDO CONDE BONNIN del delito continuado de **prevaricación** administrativa, por el que igualmente fue condenado. Todo ello con la respectiva reducción proporcional de las costas de la instancia.

Y se mantiene en su integridad el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, en cuanto a la SRA. MUNAR RIUTORT Y AL SR. NADAL BUADES. Y en cuanto al SR. CONDE BONNIN se le reduce la pena impuesta de tres años de **prisión** a la de **2 años, siete meses y quince días**, manteniéndose la de inhabilitación absoluta en los seis años.

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

D. Carlos Granados Pérez D. Andrés Martínez Arrieta D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. Francisco Monterde Ferrer D. Manuel Marchena Gómez

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.