

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA

Sentencia N°: 199/2012

Fecha Sentencia: 15/03/2012

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Segunda Sentencia

Voto Particular

RECURSO CASACION N°: 835/2011

Fallo/Acuervo: Sentencia Estimatoria Parcial

Señalamiento: 08/03/2012

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

Escrito por: CPB

Delitos de negociaciones prohibidas a autoridades y funcionarios públicos, cohecho, defraudación a la administración en concurso medial con uso de información privilegiada, tráfico de influencias, prevaricación continuada, y alzamiento de bienes.

*** Presunción de inocencia y tutela judicial efectiva: doctrina, diferencia de contenidos.**

*** Casación de sentencia absolutoria: límites.**

*** Dilaciones indebidas: doctrina.**

*** Negociaciones prohibidas: delito especial propio. Participación extraneus.**

*** Concierto para el fraude a la Administración: delito especial propio.
Participación del extraneus.**

Voto Particular

Nº: 835/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Vista: 08/03/2012

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 199/2012

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil doce.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley y precepto constitucional interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL** y los procesados

JOAQUÍN RABASCO FERREIRA representado por la Procuradora D^a Esperanza Martín Pulido, **MARÍA DEL AMOR ALDAO MUIÑO** representada por el Procurador D. Julián Caballero Aguado y por **LLUC TOMÁS MUNAR** representado por la Procuradora D^a Carmen Azpeitia Bello, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la **Audiencia Provincial de Baleares** con fecha **24 de noviembre de 2010**, que les condenó por delitos de malversación de caudales públicos y alzamiento de bienes . Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Palma de Mallorca, instruyó Procedimiento Abreviado nº 5717/01, contra María del Amor Aldao Muiño, Joaquín Rabasco Ferreira y Lluç Tomás Munar por delitos de negociaciones prohibidas a autoridades y funcionarios públicos, cohecho, defraudación a la administración en concurso medial con uso de información privilegiada, tráfico de influencias, prevaricación continuada, y alzamiento de bienes, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Baleares, que con fecha 24 de noviembre de 2010, en el rollo nº 77/07, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Son hechos probados y así expresamente se declaran que:

PRIMERO.- *Interesándole al Alcalde Lluç Tomás Munar el voto favorable de los concejales obtenidos por la Agrupación Social Independiente, pactó con su presidente y regidor electo Joaquín Rabasco Ferreira un plan de gobernabilidad municipal, cuyo contenido exacto se desconoce. Este, con la finalidad de subvenir a sus necesidades y a las de su partido, junto con su secretaria y compañera sentimental urdieron las siguientes operaciones en perjuicio de la Corporación: María del Amor Aldao Muiño, mayor de edad, en tanto que nacida el 5 de marzo de 1.958, sin antecedentes penales, y en situación de libertad provisional de la que no ha estado privada, en fecha 14-12-1.999, constituyó por escritura pública (con número de protocolo 1.846) ante el notario Andrés Isern Estela, la sociedad Majo Sport S.L.; el mismo día de su constitución, a inmediata continuación, la denunciada en otra escritura pública (con*

número de protocolo 1.847) y ante el mismo fedatario, otorgó al acusado Joaquín Rabasco amplios poderes sobre la misma, que le permitían administrar, contratar, disponer e incluso representar en juicio a Majo Esport, sabiendo que conforme a sus estatutos, no podía ser nombrado, puesto que el artículo 21 de los mismos señalaba que no podían ser administradores: 6º.- "los funcionarios al servicio de la administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de esta sociedad".- El apoderado era al mismo tiempo concejal del Ayuntamiento de Lluçmajor desde 1.987, Segundo Teniente de Alcalde por Decreto de Alcaldía de 8-7-1.999 y Alcalde Delegado de S'Arenal también por decreto de Alcaldía de 14-7-1.999 y ejercía sus funciones de informar, proponer, votar y decidir en materia de deportes, fiestas y turismo, hechos todos ellos que conocía perfectamente la imputada María del Amor Aldao, que a la sazón era secretaria personal de la Agrupación Social Independiente presidida por aquél, por lo que era evidente la incompatibilidad con el amplio objeto social de su empresa y con la posibilidad de contratar con el Ayuntamiento de Lluçmajor.- El nombrado apoderado de Majo Sport S.L., también estaba autorizado por decreto del Alcalde de fecha 13 de febrero de 1.996, para el manejo de fondos de la cuenta corriente de la Banca March con número 11481.011.1 de la sucursal 014 de Lluçmajor y cuya denominación era Ajuntament de Lluçmajor - Juventud y Deportes -Festejos- Ferias- Gastos a Justificar.- Joaquín Rabasco Ferreira, mayor de edad, por cuanto nacido el 18 de febrero de 1.952, cuyos antecedentes penales se desconocen, y en situación de libertad de la que no ha estado privado, aceptó el nombramiento y, pese a ello, siguió ejercitando funciones municipales incompatibles con su nuevo apoderamiento. Así, en fecha 10 de febrero del 2.000, y mientras era apoderado de dicha mercantil, ejerciendo las funciones de concejal y teniente de Alcalde de Lluçmajor, propuso la celebración de un certamen deportivo, amen de la cuantía del presupuesto y que el mismo se adjudicase a la empresa de la que era apoderado y con la que mantenía estrecha conexión.- En dicho acto administrativo, no se justificaba la razón del precio o cuantía, no se explicaba qué gestiones se habían realizado ni ante qué empresas o personas fueron hechas, para poder estimar que la oferta de Majo Sport S.L. era la más favorable para las arcas municipales, ni tampoco se explicaba cuales eran los términos de comparación que permitían considerar más conveniente la oferta seleccionada, no había constancia de la solvencia financiera y técnica de

una empresa constituida apenas 47 días antes, como exigen las normas legales (artículos 15 y siguientes de la Ley 13/95 y del RDL 2/2000). Infringía las normas de prohibición e incapacidad para contratar con la administración pública, puesto que existía relación de amistad íntima entre la administradora de la sociedad, aparte que el hecho de que el concejal fuera apoderado de la misma, hacía que ésta sociedad incurriera en la prohibición legal de contratar con el Ayuntamiento tal como establece el artículo 20.e) de la Ley 13/1995 vigente al tiempo de los hechos (y que coincide con el 20.e) del RDL 2/2000 que le sustituyó); no se llegó a formalizar contrato alguno ni había presupuesto o referencia sobre el coste y necesidades para la actividad.- El concejal acusado realizó la propuesta y anotó que de manera urgente se redactara el decreto y se pasara a la firma del Alcalde, cosa que realizó el también acusado y Alcalde Lluç Tomás, el día 2-2-2.000, por lo que se efectuó la retención de crédito, sin que existiera ningún documento sobre precios, empresas disponibles, etc. pues lo único que consta era el nombre de la empresa administrada por el concejal; se presentó posteriormente en fecha 7 de febrero del 2.000.- Del mismo modo, el concejal Rabasco intervino firmando y autorizando el pago de facturas en favor de la sociedad que administraba, y así, autorizó con su firma la corrección de los servicios prestados en las facturas de los folios 508, 511, 514, 517 y 556, todas ellas relativas a pagos a favor de Majo Sport S.L.- Durante las fechas en que el acusado administraba esta sociedad, que contrataba con el Ayuntamiento, al mismo tiempo mantenía y utilizaba su firma en la cuenta municipal dedicada a festejos, al mismo tiempo abrió la cuenta corriente número 2090.6409.91.0040057139 a nombre de Majo Sport S.L., quedando como única persona autorizada para el manejo de los fondos de la misma, estando por tanto simultáneamente autorizado en cuentas municipales y de la sociedad Majo Sport.- Al mismo tiempo era el concejal Rabasco quien pagaba el alquiler del domicilio social de Majo Sport S.L., que constituía también la sede de su partido político A.S.I. (Agrupación Social Independiente). Gran parte de los contratos realizados entre la corporación municipal y Majo Sport S.L., tenían como finalidad la realización de actuaciones en El Arenal y otras urbanizaciones cercanas, vgr.; el Certamen de Taekwondo y los Carnavales, y en la esfera que tenía plenas competencias (deportes, fiestas y turismo).- María del Amor Aldao a la vez era administradora única de la sociedad Retsar Music S.L. esta sociedad había celebrado diversos contratos con el Ayuntamiento afectado

y así, por Decreto de fecha 12 de diciembre de 2.000 había recibido 6.078.400 pesetas del mismo y por decreto de fecha 6-8-2.001 se la había contratado nuevamente por un importe de 25.664.593 pesetas. La acusada, actuando como administradora de dicha sociedad, transfirió diversas cantidades a favor de Joaquín Rabasco, que era en esas fechas concejal del Ayuntamiento interesado y con el que Retsar había celebrado los contratos.- Desde la cuenta 2090-6409-93-0040055533 de Retsar Music, la acusada efectuó los siguientes pagos:

a.- En fecha 21-8-2.001, la cantidad de 1.914.000 pesetas a la cuenta 2051-0032-26-0377996946 de Joaquín Rabasco.

b.- En fecha 21-8-2.001 la cantidad de 928.000 pesetas a la cuenta 2051-0032-26-0377996946 del mismo.

c.- En fecha 21-8-2.001 la cantidad de 385.000 pesetas a la misma cuenta 2051-0032-26-0377996946.

d.- En fecha 21-8-2.001 la cantidad de 10.500.000 pesetas a la cuenta 2090-6442-66-0000008465 de Joaquín Rabasco Noche, hijo del concejal Joaquín Rabasco Ferreira. El 24-8-2.001 desde esta cuenta se transfirieron 10.485.000 pesetas a la cuenta 2024-0035-25-3300009960 de Joaquín Rabasco Ferreira .

De este modo Retsar Music transfirió un total de 13.727.000 pesetas al concejal y a su entorno familiar.- También desde su cuenta personal transfirió la cantidad de 1.000.000 pesetas a favor de Rabasco, desde la cuenta 2091-0009-44-3000130437, María del Amor en fecha 10-9-2001 transfirió esta cantidad a la cuenta 2051-0032-26-0377996946 de Rabasco. Esta cantidad procedía de ingresos que en la misma se habían realizado desde la sociedad Retsar Music. (2.000.000 de pesetas el 3-9-2.001) y de Tenedi Ambiente S.L. (2.000.000 de pesetas el 4-9-01).- Tenedi Ambiente S.L. había realizado contratos con el Ayuntamiento de Lluçmajor por un valor global superior a los 250.000 €. Por todo lo anteriormente expuesto, Aldao transfirió un total de 14.727.000 pesetas de aquellas sociedades que contrataron con el Ayuntamiento de Lluçmajor al concejal acusado y para evitar que se descubriera quién era el beneficiario en las órdenes de transferencia del 21-8-01 María del Amor Aldao no lo hizo constar y lo trató de ocultar. En la transferencia de 1.914.000 ptas. hizo figurar como beneficiario: "XXX". En la transferencia de 928.000 ptas. consignó como beneficiario: "XX" al igual hizo en la transferencia de 385.000 ptas. Finalmente, la transferencia de 10.500.000 ptas. figura en el extracto como: "C. VARIOS" y se realizó en primer lugar a la cuenta del

hijo del concejal, para posteriormente ser transferida a la cuenta del propio concejal.- Por otra parte y del mismo modo, la acusada permitió que el concejal Rabasco se lucrara al menos con un millón de pesetas de las contrataciones municipales de Majo Sport S.L. así, en virtud de las facturas 11, 12, 13, 14, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 27 y 29 del año 2.000 que presenta esta sociedad a la corporación, se transfieren pagos municipales por valor superior a los 14.420.000 de pesetas a la cuenta 2090-6409-91-0040057139 que, aunque titularidad de Majo Sport S.L., únicamente tenía firma autorizada el regidor, quien, en fecha 2-8-2.000 procedió a extraer un millón de pesetas en efectivo con dos cheques ventanilla que hizo suyos, y a transferir el resto de los fondos a la otra cuenta de Majo Sport 2090-6409-93-0040052659, cuya única firma autorizada era la de María del Amor Aldao. Por todo lo expuesto, el concejal Joaquín Rabasco Ferreira recibió 15.727.000 pesetas de las sociedades de María del Amor Aldao que contrataban con el Ayuntamiento.- El concejal consiguió que a las sociedades de su secretaria interpuesta, le fueran adjudicados los eventos deportivos que el Ayuntamiento organizaba sin licitación ni concurso previo como: La diada automovilística, el certamen de fútbol sala de APAS, las 24 horas de fútbol, el certamen de gimnasia rítmica, el maratón de aerobic la milla de S'Arenal, el certamen de Taekwondo, el campeonato triangular de veteranos, fútbol playa 24 horas, y el certamen interescolar de Taekwondo.- Joaquín Rabasco se concertó con María del Amor Aldao y con su ayuda creó un entramado de sociedades con la finalidad de aprovecharse de su condición de concejal y de la influencia necesaria de su agrupación, para de este modo, contratar ventajosamente con el Ayuntamiento de Lluçmajor con beneficio propio y perjuicio para aquel. Con dicha finalidad crearon las sociedades Majo Sport S.L., Tenedi Ambiente S.L., Retsar Nusic S.L. y Rodema Swin S.L. teniendo todas ellas el mismo fin social y diversos domicilios a fin de que no se observara una identidad de postores cuando concurrían a una licitación con la administración local. La pretensión de dichos acusados era que a las cuatro sociedades les fueran adjudicados diversos contratos por parte del Ayuntamiento sin hubiera posibilidad de concurrencia de otras empresas. El propio concejal Joaquín Rabasco intervino en la obtención de locales para esas empresas, en el diseño de las operaciones y en la propia gestión de las sociedades. La adjudicación de los contratos de servicios se pretendía en condiciones de beneficio máximo para las empresas y con un coste superior al habitual de mercado para la administración municipal,

en beneficio propio.- Para dicha finalidad contaban con la colaboración necesaria e imprescindible de LLUC TOMÁS MUNAR, mayor de edad sin antecedentes penales y Alcalde de Lluçmajor. La cooperación necesaria de éste, la obtenían merced a la influencia y capacidad de presión política que el concejal ostentaba sobre él. En efecto, el Alcalde, órgano de decisión en la contratación municipal (función no delegada en ningún otro concejal) y máxima autoridad, precisaba en los plenos del apoyo de este regidor y su grupo para aprobar sus iniciativas y la gestión municipal, por lo que accedía a las peticiones de éste. Accedía a sus pretensiones, colaboraba o consentía en la ejecución de dicho plan a sabiendas de que suponía un perjuicio para las arcas municipales. La actividad de las empresas con el Ayuntamiento fue la siguiente:

1º.- La sociedad Majo Sport S.L. fue creada con la única finalidad de contratar con el Ayuntamiento de Lluçmajor, y éste fue su único cliente (aparte de la sociedad Tenedi perteneciente a la misma imputada). Carecía de toda experiencia en ese sector del comercio y pese a ello contrató con el Ayuntamiento por un valor total de 114.789,41 euros. El Ayuntamiento le otorgó:

a.- Tres contratos menores adjudicados por el Alcalde Lluç Tomás por un total de 1.990.600 pesetas (decretos de pago de fechas 27-3-2.000 (folio 1.714).

b.- Un contrato adjudicado por concurso abierto por un importe de 8.950.000 pesetas, habiendo sido la única oferta presentada la de Majo Sport S.L. que carecía de sentido y lógica convocar en el mes de Abril de 2.000 un concurso para celebrar eventos ya transcurridos como el de Cartero Real, Reyes Magos, Carnaval, Entierro de la sardina, etc., por ello no hubo ningún otro licitante fuera de Majo Sport. En cuanto se adjudicó y se firmó el contrato de 28-4-2.000, la empresa Majo Sport presentó las siguientes facturas:

El 3-5-2.000 factura por valor de 611.819 por suministrar 1.162 kilogramos de caramelos. Como consta al folio 572 el 10-2-2.000 Majo Sport ya había facturado al Ayuntamiento 440 kilogramos de caramelos (a un precio de más del doble por kilo) para el carnaval y el entierro de la sardina del 2.000. El 2-5-2.000 (folio 511) factura por valor de 319.000 pts. por suministrar sonido, música, traslados y personal para el 1º de Mayo. El 2-5-2.000 (folio 514) factura por valor de 145.000 pts. por suministrar sonido, traslado, música y personal el día del "pà amb caritat". El 2-5-2.000 (folio 517) factura por valor de 461.086 pts por

suministrar 170 llaveros con sus fundas, más de 120.000 pts. por 65 trofeos y 180 camisetas para la Diada Automovilística. Es decir, entre el 29-4-00 y 3-5-00 se facturaron gastos en diversos eventos por valor superior 1.400.000 pts. contando todas las facturas con la firma del concejal Rabasco como certificación de la correcta facturación y prestación de servicios.- Fuera de los documentos elaborados por Aldao y firmados por Rabasco, no existe la menor constancia documental de que se comprara y se suministrara la mercancía que se dice y como se mencionará más tarde, las cantidades y precios que se facturaron no coinciden con las declaraciones de los proveedores.- Con el contrato firmado (folio 317) y con la cantidad adjudicada, debían ser pagadas entre otras las fiestas de San Cristóbal del año 2.000 que como actuaciones mínimas a realizar incluían, competiciones deportivas, trofeos, regalos, música, sonido, festivales de flamenco, actuaciones de música española, actuaciones infantiles, etc. pues bien, ninguna actuación de festival flamenco ni actuación de música española se realizó, pese a la obligación contractual. En el contrato mencionado y con la cantidad adjudicada, debían ser pagadas entre otras: Las Fiestas en Bahías, Las Palmeras, S'Estanyol, Cala Pí, El Dorado y Lluçmajor; mas, las actuaciones de Tollerich, Cala Pí, Bahía Grande, Las Palmeras y Cala Blava (folio 498) fueron adjudicadas verbalmente a Retsar Music, sin que Majo Sport cumpliera sus obligaciones contractuales ni el Ayuntamiento se lo reclamase.

c.- Un contrato negociado sin publicidad por un importe de 8.247.600 pesetas adjudicado por el Alcalde Lluç Tomás también a Majo Sport S.L., pese a que esta sociedad estaba obligada a realizar en las fiestas de San Cristóbal del 2.000 un festival de flamenco y actuaciones de música española según el contrato anterior (folio 317) por el que ya había recibido 8.950.000 pesetas, no realizó ninguno de estos eventos comprometidos. Conociendo todo ello, el Alcalde volvió a adjudicar a dicha sociedad por 5.510.000 pesetas la actuación en las fiestas de San Cristóbal del 2.000 de actuaciones flamencas (Aurora Vargas, Niño de la Pura, Pansequito, Rocío del Alba y Hermandad Rociera) y por 2.737.600 pesetas la actuación de música española (Escuela Catalana de Danza José de la Vega) -folio 374-. De esta forma a Majo Sport se le adjudicaron dos contratos para realizar las fiestas de San Cristóbal de 2.000 facturando por ello un total de 15.004.000 pesetas (8.247.600 + 6.757.000 ya abonadas por la adjudicación anterior).- Pese a que la sociedad Majo

Sport facturó al Ayuntamiento de Llucmajor un total de 114.789,41 euros, lo cierto es que únicamente le han imputado pagos por 56.125,88 euros (y de entre ellos, debe descontarse la adquisición de un automóvil por valor superior a los 12.000 €) ello supone un margen de beneficio muy superior al 60% de lo facturado. Así la sociedad facturó al Ayuntamiento la actuación de la Escuela de Danza José de la Vega por 2.373.600 pesetas mientras que declaró haber pagado a este grupo únicamente 5.409,11 euros (unas 900.000 pesetas) y no consta que dicha escuela haya declarado a la Agencia Tributaria haber recibido cantidad alguna.- Del mismo modo, Majo Sport facturó al Ayuntamiento por caramelos y trofeos 611.819 ptas. (folio 508) y 1.357.200 ptas. (folio 567) y la empresa Makro (único proveedor que figura de estos suministros -folio 1698-) únicamente facturó a Majo Sport por menos de 600.000 ptas. (3578,66 €) según sus declaraciones tributarias y de menos de 800.000 ptas. (4.753,53 €) según las imputaciones que hace Makro (informe pericial de los folios 1697 y siguientes), carece de justificación que lo que se adquiere por menos de 800.000 ptas. (estimando la cifra más alta) se facture al Ayuntamiento por valor de 1.969.019 pts. sin que exista valor añadido alguno.- En esta misma dinámica se encuentra Talía Espectáculos a quien Majo Sport pagó 26.248 € por unos servicios que facturó al Ayuntamiento (folio 823 facturas 23 a 27) por un total de 40.610,38 € sin añadir valor o servicios a la factura de Talía Espectáculos.- La sociedad Majo Sport y las otras tres que se mencionan a continuación aprovecharon los contratos municipales para contratar a personas relacionadas y a amigos del concejal Rabasco. Así sucede con "Los Brunos y Bruno y Lino" que mantenían una relación de amistad con Joaquín Rabasco y eran contratados asiduamente y además por unos importes muy elevados (11.991 €, 11.368 €, etc.) aunque su "cache" era de 250.000 ptas más IVA, muy inferior de los casi dos millones de pesetas que se aparentaban frente a la corporación (folio 816 factura I.D.). Este grupo musical fue contratado por el Ayuntamiento, en al menos doce ocasiones (folios 1701, 1702, 1711 y 1714) en menos de 3 años.

2º.- La sociedad Tenedi Ambiente S.L. fue constituida en fecha 10-5-2.000 por María del Amor Aldao en escritura pública otorgada ante la Notario doña Blanca González-Miranda y Sáenz de Tejada. El domicilio fiscal y sede de esta sociedad era el de calle Lluís Martí 23-2ºA, 07006 de Palma de Mallorca, que coincidía con el domicilio de un militante del partido A.S.I. que cedió el uso y utilización de este domicilio a la sociedad a

petición de Rabasco. Esta sociedad también se creó con la única finalidad de contratar con el Ayuntamiento de Lluçmajor, y éste, fue su único cliente en los años 2000, 2002 y 2003. En el año 2001 además de los 173.231 € del Ayuntamiento, otra sociedad le imputó ventas por 4.671,07 euros. También carecía de toda experiencia en este sector del comercio y pese a ello contrató con el Ayuntamiento por un valor total de 254.339 euros. La corporación otorgó a Tenedi Ambiente S.L.

a.- Veintisiete facturas sin contrato que amparase su adjudicación, aprobadas la mayoría de ellas por el Alcalde. Entre ellas Lluç Tomás ordenó el pago de 1.996.984 pesetas por las actividades deportivas de las fiestas de San Cristóbal, patrón del Arenal, del año 2.000 (folio 19 del anexo remitido por el Ayuntamiento) cuando dichos gastos se habían adjudicado a Majo Sport S.L., a la que se le había satisfecho 8.950.000 pesetas para que efectuara esos dispendios. A gran parte de estas facturas, los servicios de intervención municipal pusieron reparos en su fiscalización en ocasiones por omisión en el expediente de contratación de requisitos esenciales y pese a ello, por decreto el Alcalde autorizó su pago. La facturación realizada por Tenedi Ambiente S.L. no cumplía las normas legales de facturación vigentes al tiempo de los hechos y pese a ello y a los reparos, se autorizó su pago (como por ejemplo en el folio 307 y en el 334 del Anexo municipal).- En otras ocasiones (folio 346 y 359 del anexo municipal), era el mismo concejal Rabasco el que daba el visto bueno al pago de las facturas de Tenedi Ambiente S.L., y ante los reparos de los órganos de fiscalización (folio 347 y 363) el Alcalde ordenaba su pago. En otras, Tenedi Ambiente S.L. facturó confundiendo y haciendo intervenir a otra sociedad controlada por la imputada - Retsar Music-(folio 388 del expediente municipal) y pese a ello y a ponerse de manifiesto, el Alcalde ordenó su pago (folio 390). Así consta (folio 402 del anexo documental) que el concejal Rabasco daba el visto bueno a una factura y que pese a que los órganos de fiscalización e intervención municipal acreditaban que por esos servicios ya se había pagado otra factura a Retsar Music S.L., el Alcalde ordenaba el pago duplicado por los mismos servicios (folio 406). Lo mismo al folio 505 y siguientes del anexo municipal donde el Ayuntamiento había adjudicado las actuaciones musicales en las fiestas patronales de S'Arenal (San Cristóbal) para el 13 y 14 de Julio de 2002 a Retsar Music S.L. el Ayuntamiento por decreto de su Alcalde (sin dejar de pagar a Retsar Music S.L.) pagó también a Tenedi Ambiente.

b.- También mediante otro contrato adjudicado por el procedimiento negociado sin publicidad y sin que conste que se remitiera adecuadamente la posibilidad de concursar a otras empresas, porque según consta en los folios 420 y siguientes, las ofertas se remitieron por fax el 9-8-01 a las 14:06 horas advirtiendo que el plazo finalizaba el 10-8-01 a las 13 horas con lo que de este modo, por vía de hecho, se concedía a Tenedi Ambiente la práctica totalidad de los eventos culturales y deportivos del año 2001 y 2002, sin concurso público ni procedimiento negociado. Tenedi Ambiente S.L. obtuvo del Ayuntamiento de Lluçmajor una cantidad global de 254.339,2 euros sin que le haya sido imputado fiscalmente más gastos que 10.527,32 euros, lo que evidencia el enorme beneficio que la empresa obtuvo a costa del erario público. Se le incoó a dicha sociedad acta por infracción de liquidación de I.V.A. con una cuota a ingresar de 17.933,63 euros.

3º.- La sociedad Rodema Swing S.L. fue constituida por María del Amor Aldao también con la única finalidad de contratar con el Ayuntamiento de Lluçmajor, y éste fue su único cliente en el año 2002. Igualmente carecía de experiencia en ese sector del comercio y pese a ello, contrató con el Ayuntamiento de Lluçmajor por un valor total de 33.114,60 euros (más de 5 millones de pesetas). En concreto, el ayuntamiento otorgó a Rodema Swing S.L.

a.- Un contrato adjudicado por procedimiento negociado sin publicidad y sin que tampoco conste que se remitiera adecuadamente la posibilidad a otras empresas, pese a que los técnicos municipales informaron que se debía remitir a tres sociedades y en el decreto así se acordó (folio 1893 del anexo municipal), únicamente se remitió la posibilidad de concursar a dos sociedades y las dos de María del Amor Aldao (Retsar y Rodema -folios 1.894 y 1.896 de dicho anexo-). Pese a los reparos de intervención, el Alcalde dio el decreto subsanando los reparos y además la orden verbal de que se pagara a la interesada por cheque bancario en lugar de por transferencia. De este modo por vía de hecho, el Ayuntamiento únicamente dio posibilidades de contratar para un evento por valor de 30.000 euros a las sociedades de María del Amor Aldao. El único pago que se ha imputado a Rodema Swing es por valor de 5.228,80 euros frente a los 33.114,60 euros que percibió de la Corporación.

4º.- La sociedad Retsar Music S.L. fue constituida en fecha 10-5-2.000 por María del Amor Aldao en escritura pública otorgada ante la misma Notario Blanca González-Miranda y Sáenz de Tejada el mismo día

que Tenedi Ambiente. El domicilio y sede de Retsar Music S.L. era el de la calle Son Ferragut nº 21, 07004 de Palma de Mallorca, aunque su domicilio fiscal era el del Paseo Mallorca 28, 1º de Palma. El domicilio social inicial (Son Ferragut 21) era el domicilio de un militante del partido A.S.I. que cedió la utilización del mismo. Igualmente carecía de toda experiencia en ese ramo del comercio y pese a ello contrató con el Ayuntamiento afectado por un valor total de 622.223,33 euros. El Ayuntamiento le otorgó a Retsar Music S.L. el pago de 19 facturas sin contrato, más otras dos con contrato menor; catorce facturas con contrato negociado sin publicidad y otras dos con contrato adjudicado por concurso abierto. De entre ellas, (folios 1.673 a 1.726 del Anexo Municipal) pese a que los servicios de intervención señalaban que se estaba pagando dos veces por el mismo concepto, el Alcalde por Decreto ordenó su pago. Pese a numerosos reparos de la intervención (por omisión en el expediente de contratación de requisitos esenciales) el Alcalde ordenó el pago (folios 1688, 1701, 1714, 1728, 1741, entre otros del anexo municipal).- Al folio 1761 anexo municipal y en otros relativos a las fiestas del Arenal, se observa que Retsar factura por el mismo concepto y evento que Tenedi ya había facturado al Ayuntamiento, aunque tal duplicidad fue negada por la intervención. En otras ocasiones (folios 1.807 y 1.823 y siguientes) para la adjudicación de contratos al Ayuntamiento únicamente se presentaban ofertas de sociedades de la imputada María del Amor Aldao. En otras, pese a haber adjudicado por 16.000.000 de pesetas la celebración de actos culturales, deportivos y sociales a Retsar Music, se permitían la adjudicación por los mismos conceptos a otras sociedades pertenecientes a la misma propiedad. Pese a haberse adjudicado las celebraciones del año 2.000 a Majo Sport, y que ello incluía las celebraciones de las Fiestas en Bahías, Las Palmeras, S'Estanyol, Cala Pi, El Dorado y Llummajor, el Alcalde adjudicó a Retsar Music S.L. de manera contraria a toda norma legal dicha prestación de servicios: Así la adjudicación se hizo de manera verbal (folio 494) cuando el artículo 56 de la Ley 13/95 decía que "La Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de urgencia". En el mismo sentido el artículo 11.2.i) del RDL 2/2000 señala la necesidad de formalizar el contrato. La adjudicación se hizo sin reserva de crédito ni aprobación presupuestaria previa ni fiscalización alguna como exige el artículo 11.2. en sus apartados e), g) y h) del RDL 2/2000 . No se tramitó expediente administrativo alguno como exige el artículo 11.2º. en su

apartado f) del RDL 2/2000.- Se menciona el artículo 210 del RDL 2/2000 pero no consta (porque no hay expediente) que circunstancia concreta del mismo concurre y que acreditación o prueba de ello se da y que la misma fuera anterior a la adjudicación.- Pese a todo ello con fecha 30-11-2000 (folio 500) se efectúa una retención de crédito posterior a la realización del servicio y su facturación (folio 497) y por decreto posterior 12-12-2000 se dice que se aprueba el gasto (que ya estaba aprobado), que la adjudicación se hizo verbalmente y que la contratación por tres ocasiones de "Bruno y Lino" obedecía al interés específico del Ayuntamiento en su actuación y a los derechos exclusivos que la empresa Retsar tenía sobre ellos.- El Alcalde Lluç Tomás Munar era el competente para autorizar y aprobar la retención del crédito, el gasto y adjudicar el contrato sin que dicha función hubiese sido objeto de delegación alguna y sin que conste en publicación oficial en el B.O.I.B. la posible delegación de funciones. Pese a todo ello se ordenó el pago a favor de Retsar Music cuando dichos servicios debían haber sido cubiertos por Majo Sport en virtud de la adjudicación en exclusiva realizada. El Alcalde, pese a que por el técnico municipal se había informado en fecha 6-8-01 de que la forma de contratación con Retsar Music era incorrecta y que debería celebrarse concurso público, en esa fecha 6-8-2001 (folio 597), dictó un decreto adjudicando el contrato a Retsar Music por valor de 25.664.593 pesetas.- En esa misma contratación, para la actuación de Tam Tam Go, que los técnicos consideraban irregular la sociedad Retsar Music facturó (IVA incluido) al Ayuntamiento (conforme los folios 173 y siguientes) por la actuación 4.408.000 pesetas siendo el gasto que tuvo de 3.480.000 ptas. y por tanto un beneficio de 928.000 ptas. Por el montaje del escenario y material de para la actuación 1.890.800 pesetas, siendo el gasto que tuvo de 1.187.800 ptas. y por lo tanto un beneficio de 703.000 ptas. Por los viajes de los artistas de la actuación 1.844.400 pesetas, siendo el gasto que tuvo de 677.175 ptas. y por tanto un beneficio de 1.167.225 ptas. Por los gastos de seguridad de la actuación 348.000 pesetas sin que exista factura alguna que justifique dicho gasto y por tanto un beneficio de 348.000 ptas., siendo posiblemente afiliados o miembros de ASI como admitió Eduardo Jaime Connolly de Pernas. Por el material musical para la actuación 1.890.800 pesetas, siendo el gasto que tuvo de 1.706.364 ptas. y por lo tanto un beneficio de 184.436 ptas.- En cuanto a lo facturado con ocasión de la actuación de Sergio Dalma en el mismo lugar, día y hora: por la actuación 4.999.660 pesetas siendo el gasto que tuvo de 4.176.000 ptas., y

por tanto, un beneficio de 823.660 ptas. Por el montaje del escenario y material de la actuación 1.983.600 pesetas siendo el gasto que tuvo de 244.760 ptas y por tanto, un beneficio de 1.738.840 ptas. Por los viajes de los artistas de la actuación 1.948.394 pesetas, siendo el gasto que tuvo de 1.062.190 ptas., y por tanto un beneficio de 886.204 ptas. Por los gastos de seguridad de la actuación 522.000 pesetas, sin que exista factura alguna que justifique dicho gasto, y por tanto un beneficio de 522.000 ptas. Por montaje del espectáculo para la actuación 1.983.600 pesetas no existiendo factura alguna que justifique el gasto, y por tanto un beneficio de 1.983.600 ptas. Por lo que es de suponer que parte de estos conceptos (seguridad, montaje) supongan duplicar la facturación de unos servicios únicos.- Este beneficio desproporcionado, en definitiva a costa del contribuyente, se reconoce y se recoge (no en su totalidad) por escrito que de manera voluntaria por los representantes de la sociedad fue incorporado a la causa en el folio 231 y en el que se indica que se han facturado al Ayuntamiento servicios por valor de 17.944.793 ptas., habiendo pagado tenido como gastos 10.828.525 ptas.- A la sociedad Retsar Music se le ha levantado acta de inspección por el impuesto de sociedades (cuota a ingresar 44.561,66 euros) y por IVA (24.705,43 euros). Se le han imputado pagos por 264.148,37 euros frente a los 622.223,33 euros que el abonó el Ayuntamiento.- En volumen total, estas cuatro sociedades contrataron con el Ayuntamiento de Lluçmajor por cuantía de 1.005.685,62 euros: 114.789,41 euros de Majo Sport, otros 235.558,28 euros de Tenedi Ambiente mas 33.114,60 euros de Rodema Swing y 622.223,33 euros de Retsar Music. El volumen total de pagos que fiscalmente le han imputado al grupo de sociedades es de 336.234,86 € (56.125,88 €, 10.527,32 €, 5.228,80 € y 264.148,37 €).- El acusado Rabasco, contando con María Aldao, dirigía y tomaba parte en las decisiones de las cuatro sociedades mencionadas, siendo el que se encargaba de la contratación de personas y de decidir la facturación y gastos. Lluç Tomás Munar era el Alcalde de Lluçmajor y pese a conocer que el concejal Rabasco tenía estrecha relación con María del Amor Aldao y por tanto con sus sociedades, y que además trabajaba para A.S.I., de la que era su secretaria personal, le permitió que propusiera la contratación directa de la sociedad con la que tenía relación directa (Majo Sport S.L.) y con las que tenía interés (Retsar, Tenedi y Rodema) y que por tanto les estaba vedada la contratación con el Ayuntamiento. Pese a ello acordó las adjudicaciones y pagos siguiendo las indicaciones del

concejal.- Había acordado que el grupo político le prestaría su apoyo en las decisiones y votaciones municipales, y, a cambio, él le nombró Alcalde delegado para S'Arenal, segundo teniente de Alcalde de Lluçmajor y concejal de deportes y fiestas. El Alcalde se había comprometido también para facilitar a cualquier costa la adjudicación y contratación de espectáculos y actividades que se realizaran en la esfera de funciones del concejal Rabasco a las sociedades que dicho concejal designase.- Para conseguir que las sociedades de María del Amor Aldao obtuvieran la contratación municipal sin posible competencia, permitía que dichas sociedades obtuvieran contratos de exclusividad para unas actuaciones muchos meses antes de que dichas actuaciones fueran programadas por el Ayuntamiento.- Más tarde, cuando el Ayuntamiento daba inicio al expediente municipal, tenía que adjudicar la contratación a quienes disponían en exclusiva de los artistas programados. Así las sociedades de los acusados efectuaban una contratación exclusiva con artistas antes de que el Ayuntamiento comenzase oficialmente a programar las fiestas y a designar a los intervinientes en las mismas. El Ayuntamiento solo programaba las fiestas y los artistas que previamente habían sido contratados por las sociedades de los acusados. Ello sucedió, entre otras, en las siguientes ocasiones:

1 º.- En Barcelona el 18-4-2001 (folio 417) y en Madrid el 14 de Junio de 2.001 (folio 385) María del Amor ya contrata actuaciones (Malena Gracia) que se van a realizar el 10 de Agosto en Lluçmajor (Mallorca) cuando todavía no se había acordado por el Ayuntamiento iniciar expediente alguno sobre las actuaciones de las fiestas pues ello no sucede hasta el 6 de agosto de 2.001 (folio 378 a 380).

2º.- También en Madrid el 14 de Junio de 2.001 (folio 388) contrata la actuación de Sergio Dalma que se va a realizar el 9 de Agosto en Lluçmajor, cuando todavía no se había acordado por el Ayuntamiento iniciar expediente alguno sobre las actuaciones de las fiestas pues ello no sucede hasta el 6 de agosto de 2.001 (folio 378 a 380).

3º.- Del mismo modo en Madrid el 14 de junio de 2.001 (folio 405) contrata la actuación de Tam Tam Go que se va a realizar el 9 de Agosto en Lluçmajor (Mallorca) cuando todavía no se había acordado por el Ayuntamiento iniciar expediente alguno sobre las actuaciones de las fiestas pues ello no sucede hasta el mismo día 26 de Julio de 2.001.

4º.- Igualmente el 14 de Junio de 2.000 (folio 371) María del Amor Aldao ya contrata actuaciones (José de la Vega) que se van a realizar el 16 de

julio en S'Arenal, cuando todavía no se había acordado por el Ayuntamiento iniciar expediente alguno sobre las actuaciones de las fiestas pues ello no sucede hasta el 12 de Julio de 2.000 (folio 372 a 373).

5º.- Así mismo, el 2 de Abril de 2.000 (folio 370) María del Amor Aldao también contrata actuaciones (Pansequito, Aurora Vargas y el guitarrista "El Niño de Pura" con sus Palmeros) que se van a realizar el 14 de Julio en S'Arenal, cuando todavía no se había acordado por el Ayuntamiento iniciar expediente alguno sobre las actuaciones de las fiestas pues ello no sucede hasta el 12 de Julio de 2.000 (folio 378 a 380).- Este mismo día doce se anota la retención del crédito (folio 367), se dicta y publica el pliego de cláusulas (372 y 373), se realiza un informe técnico (374 y 375) en el que se dice que ya obraban en el expediente los derechos de exclusiva para Majo Sport SL, se acuerda y dicta el decreto de adjudicación (folio 376) y se firma del contrato administrativo de adjudicación (377).

6º.- En otras ocasiones (folio 498), es el propio Alcalde quien adjudica verbalmente a Retsar Music S.L. las actuaciones del 29- 7-2.000, y del 5, 14, 19 y 26 de Agosto del 2.000, diciendo que le consta que dicha sociedad tiene derechos exclusivos sobre los artistas programados para aquel día y que por ello no se efectúa concurso u oferta alguna, cuando lo cierto es que no es hasta más tarde (cuando las actuaciones se han adjudicado y realizado -folio 498-) cuando se acreditan dichos derechos exclusivos; y pese a lo manifestado por el Alcalde en su primera declaración judicial sobre la existencia de una comisión de fiestas, lo cierto es que por el secretario municipal se ha certificado que ésta nunca existió.- Aunque por los técnicos municipales se le manifestaba al Alcalde la ilegalidad y los reparos a facturas y contratos, dictó numerosas resoluciones y edictos tendentes a beneficiar a las sociedades de María del Amor Aldao aunque ello supusiera el perjuicio económico del Ayuntamiento. Cuando los servicios técnicos y de intervención planteaban reparos al pago de facturas, el Alcalde acordaba su subsanación. No consta que en todos estos casos se cumpliera el artículo 199 de la Ley 39/1988 (o a partir del 10-3-04 , el artículo 218 del Real Decreto Legislativo 2/04) que obliga a llevar al pleno de la corporación municipal aquellos pagos que se han autorizado por el Alcalde con discrepancia de los servicios de intervención y control. No consta que el pleno municipal tuviera conocimiento de que el Alcalde había realizado decretos autorizando pagos discrepantes con los servicios de intervención en relación (entre otras) a las facturas de los folios del anexo documental municipal: 211, 333, 345, 360, 374, 389, 404,

388, 402, 430, 504, 1675,1688, 1701, 1714, 1728, 1741. Pese a que los interventores municipales así se lo comunicaron (folios 220, 228 y 536 del anexo documental municipal) no consta que el pleno municipal llegara a conocer y autorizar la subsanación o convalidación que el Alcalde había hecho a los reparos técnicos aunque tuviese mayoría absoluta.- Con este proceder, el Alcalde permitió que la práctica totalidad de la contratación municipal sobre fiestas y eventos en el Arenal y barrios de Lluçmajor recayese en las sociedades de María del Amor Aldao sin convocar los adecuados concursos o licitaciones, y, en ocasiones, fraccionando las licitaciones con dicha finalidad. También favoreció a esas sociedades en la forma y cuantía de los pagos y, pese a que los técnicos municipales consideraban incorrecta su forma de facturación, el Alcalde ordenaba su ejecución. Todo ello lo realizó con pleno conocimiento de que así favorecía las sociedades de María del Aldao, y que las mismas tenían relación con Rabasco, pues este concejal le indicaba cuales debían ser contratadas. Con fecha 11-7-2001, es el propio concejal Joaquín Rabasco Ferreira quien mediante cheques institucionales anticipa pagos a los artistas que deben actuar en Agosto del 2.001.- Con la conducta descrita realizada conjuntamente por los tres acusados se perjudicó al Ayuntamiento de Lluçmajor por cuantía superior a los 681.000 euros.

SEGUNDO.- Los acusados María del Amor Aldao Muiño y Joaquín Rabasco Ferreira con intención de eludir las responsabilidades pecuniarias derivadas de sus actuaciones delictivas, y con intención de ocultar la totalidad de sus activos patrimoniales, llevaron a efecto, una serie reintegros y desinversiones, evitando que los fondos obtenidos con la actividad delictiva pudieran ser localizados y trabados por la administración de justicia. De entre ellas se pueden destacar:

1º.- Siguiendo la orden expresa del Alcalde, el Ayuntamiento de Lluçmajor pagó con el cheque número 0305721 de la cuenta municipal (0052.02.00015-17) 30.000 euros a Rodema Swing SL que fueron ingresados el 11-7-2002 en la cuenta de dicha sociedad en la C.A.M. (2090-6439-01-0040051644). Al día siguiente 12-7-02 se transfirió dicha cantidad a la cuenta que Retsar Music SL tenía en la misma entidad (2090-6439-01-0040050562) y ese mismo día fueron retirados en efectivo por María del Amor Aldao esos 30.000 euros mediante el cheque al portador número 4.719.812-6.

2º.- María del Amor Aldao en fecha 21-9-00 retiró 2.000.000 pesetas en efectivo de la cuenta de Majo Esport S.L. mediante 4 cheques de 500.000 ptas.

3º.- María del Amor Aldao en fecha 13-9-00 retiró 9.930.000 pesetas mediante 18 cheques al portador por cuantía inferior a 500.000 pesetas y otro de 1.380.000 pesetas en efectivo de la cuenta de Majo Esport SL.

4º.- María del Amor Aldao con fecha 21-8-01 retiró 8.000.000 pesetas en efectivo mediante 7 cheques al portador (4 de 500.000 pesetas y 3 de 2.000.000 de pesetas) de la cuenta de Retsar Music SL.

5º.- María del Amor Aldao en fecha 20-8-01 retiró 4.000.000 pesetas en efectivo mediante un cheque al portador de la cuenta de Retsar Music SL.

6º.- María del Amor Aldao en fecha 20-12-00 retiró 500.000 pesetas en efectivo mediante otro cheque al portador de la cuenta de Retsar Music SL.

7º.- María del Amor Aldao en fecha 22-12-00 retiró 1.355.000 pesetas en efectivo mediante tres cheques al portador de la cuenta de Retsar Music SL.

8º.- María del Amor Aldao en fecha 27-12-00 retiró 4.000.000 pesetas en efectivo mediante 8 cheques al portador de la cuenta de Retsar Music SL.

9º.- El 24-7-01 como consta en el folio 800, María del Amor Aldao extrajo efectivo, mediante 30 cheques de 500.000 ptas y uno de 360.000 ptas de la cuenta de Retsar Music.

10º.- Joaquín Rabasco en fecha 19-7-02 retiró 128.750,67 euros (más de 21 millones de pesetas) de sus cuentas a plazo fijo de Caja Sur. Una de 15.000.000 pesetas (92.250,67 euros) y otra de 36.500 euros. Dichas cantidades las ingresó en su cuenta corriente de la que el mismo día mediante cheque bancario a nombre de Guillermo reintegró 120.202,42 euros. Este cheque que fue compensado en la oficina de la Avenida Jaime III del Citibank España SA.

11º.- Joaquín Rabasco en fecha 25-6-03 retiró en efectivo 35.870,32 euros de su cuenta corriente de Caja Sur con número 330.035.0009960.

12º.- Joaquín Rabasco también en fecha 25-6-03 retiró 94.000 euros en efectivo de su cuenta de ahorro vivienda de Caja Sur con número 3500000236.

13º.- Joaquín Rabasco también en la misma fecha 25-6-03 retiró 48.080,97 en efectivo de su imposición a plazo fijo de Caja Sur con número 3400.0350090783.

14º.- Joaquín Rabasco en fecha 1-2-02 retiró 27.045,50 euros en efectivo en 10 operaciones de su cuenta a plazo fijo de Sa Nostra.

15º.- Joaquín Rabasco en fecha 23-6-03 retiró 41.633,14 euros de su cuenta de ahorro de Sa Nostra y los transfirió a su cuenta corriente y de allí a la del partido ASI. del que también poseía firma autorizada. En la cuenta de ASI se reintegró dicho dinero del siguiente modo: el 24-6-03 son extraídos 36.000 euros en efectivo a favor del acusado Rabasco; el 23-6-03 son retirados 3.000 euros en cheque al portador y el 23-6-03 son retirados 1.250 euros en cheque al portador.

16º.- Joaquín Rabasco en fecha 4-3-04 retiró 10.621,64 euros y canceló su cuenta a plazo fijo de Sa Nostra, para transferir dicha cantidad a su cuenta corriente y reintegró de ésta 10.500 euros.

17º.- Joaquín Rabasco entre el 1-7-04 y el 31-3-06 realizó 21 operaciones de reintegro sin volante por un total de 64.380 euros (folio 1.140).

18º.- El 2-2-04 Joaquín Rabasco extrajo 6.900 euros de su cuenta de Sa Nostra 2051-0032-28-1037799690; y

19º.- El 30-5-02 Joaquín Rabasco extrajo 18.000 euros de su cuenta de Sa Nostra 2051-0032-28-1037799690.

Con estas actuaciones ambos acusados evitaron que se localizara este patrimonio y de este modo eludieron el pago de sus posibles responsabilidades pecuniarias (civiles, penas pecuniarias -comiso y multas-) por los delitos cometidos. Las operaciones señaladas como 1, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18 y 19 se produjeron en fechas en que los acusados tenían pleno conocimiento de la existencia del procedimiento penal que contra ellos se tramitaba." (sic)

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia, dictó el siguiente pronunciamiento:

*"FALLAMOS que absolviéndoles libremente del resto de los delitos de que venían acusados por el Ministerio Fiscal, debemos **CONDENAR** y efectivamente **CONDENAMOS** a **LUCAS TOMÁS MUNAR**, como autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos precedentemente definido, concurriendo la circunstancia atenuante analógica simple de dilaciones indebidas a las penas de **TRES AÑOS** de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de **OCHO AÑOS** y pago de un quinto de las costas procesales causadas.- A*

***JOAQUÍN RABASCO FERREIRA**, como autor responsable del mismo delito y concurriendo la misma circunstancia atenuante, las penas de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN**, más otros **OCHO AÑOS** inhabilitación absoluta y pago de otro quinto de las costas procesales causadas.- A **MARÍA DEL AMOR ALDAO MUIÑO**, también como autora responsable de un delito de malversación, concurriendo en la misma las circunstancias atenuantes analógicas de dilaciones indebidas y la de no ser funcionaria pública las de **DOS AÑOS** de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de **SEIS AÑOS**, y al pago de otro quinto de las costas procesales causadas.- También a **JOAQUÍN RABASCO FERREIRA**, como autor responsable de un delito de alzamiento de bienes precedentemente definido, concurriendo la circunstancia analógica de dilaciones indebidas a la pena de **DOS AÑOS** de prisión y multa de doce meses, con una cuota diaria de 30 € y pago de otro quinto de las costas procesales causadas.- A **MARÍA DEL AMOR ALDAO MUIÑO**, como autora responsable del mismo delito y concurriendo la misma circunstancia de atenuación, la pena de **UN AÑO DE PRISIÓN** y multa de doce meses a razón de 6 € diarios y pago del restante quinto de las costas procesales causadas.- En caso de impago de la multa impuesta a esta última, la misma queda sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas dejadas de satisfacer.- Que los acusados indemnicen conjunta y solidariamente al Ayuntamiento de Lluçmajor en la suma de 681.450,76 €, más los intereses prevenidos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - Devuélvanse al Instructor las piezas de responsabilidad civil consultadas, para que las devuelva terminadas con arreglo a Derecho." (sic)*

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por los condenados y por el Ministerio Fiscal, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

CUARTO.- Los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Recurso de Lluç Tomás Munar

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 54.1 de la CE, en su versión de derecho a la obtención de una resolución motivada y en relación con el art. 120.3, también por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 242 de la CE.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ y art. 852 de la LECrim. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto a la motivación de la sentencia respecto del delito de malversación.

3º, 4º, 5º, 6º y 7º.- Por error en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos, al amparo del art. 849.2 de la LECrim.

8º, 9º y 10º.- Por indebida aplicación del art. 432.1 al amparo del art. 849.1 de la LECrim. (8º). Por nueva indebida aplicación del art. 432.1 al amparo del art. 849.1 de la LECrim. al recurrente, por faltar el dolo directo (9º). Por nueva indebida aplicación del art. 432.1 al amparo del art. 849.1 de la LECrim. al recurrente por haberse infringido el art. 11 del CP (10º).

11º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por concurrir la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y no haber sido aplicada como tal.

12º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de ley, al haberse infringido el art. 432.1 del CO, en cuanto a su consecuencia punitiva.

13º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva y a una sentencia motivada -art. 24.1 de la CE, en relación con el art. 120.3 de la CE y al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción del art. 115 del CP-

Recurso de Joaquín Rabasco Ferreira

1º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas del art. 24.2 de la CE.

2º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE, vulneración de los parámetros de la prueba indiciaria. También se apela a la preterición de las pruebas de descargo.

3º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

4º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de ley, al haberse infringido el art. 432.1 del CP, indebidamente aplicado.

5º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de ley, al haberse infringido el art. 258 del CP. indebidamente aplicado.

6º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por indebida inaplicación del art. 65.3 respecto del recurrente.

7º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por concurrir la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y no haber sido aplicada como tal.

8º y 9º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberse individualizado la motivación de las penas impuestas.

Recurso de María del Amor Aldao Muiño

1º y 2º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías del art. 24.2 de la CE, se añade la vulneración del principio de inmediación.

3º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, así como a un proceso con todas las garantías -arts. 24.1, 24.2 y 24.2,

respectivamente, al haberse omitido cualquier valoración sobre la prueba del descargo.

4º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE, por vulneración de los parámetros de la prueba indiciaria.

5º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de ley, al haberse infringido el art. 432.1 del CP., indebidamente aplicado.

6º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por infracción de ley, al haberse infringido el art. 258 del CP, indebidamente aplicado.

7º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por concurrir la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada y no haber sido aplicada como tal.

8º.- Al amparo del art. 852 de la LECrim. por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberse individualizado la motivación de la penas impuestas.

Recurso del Ministerio Fiscal

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por inaplicación indebida del art. 441 del CP, por cuanto los hechos declarados probados describen la conducta propia de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos.

Submotivo-primerº.- De dicho delito sería autor material Joaquín Rabasco Ferreira y cooperadores necesarios los otros dos acusados, con la consiguiente nueva inaplicación indebida de los arts. 27 y 28 del CP.

Submotivo-segundº.- El delito entraría en régimen de Concurso Real con todos los demás, habiendo resultado igualmente inaplicado por ello el art. 73 del CP. Concurso Real.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por inaplicación indebida del art. 436 del Código Penal, por cuanto los hechos declarados probados describen la conducta propia del delito de concierto para defraudar a la Administración Pública en la contratación.

Submotivo primero.- De dicho delito sería autor material Joaquín Rabasco Ferreira y cooperadores necesarios los otros dos acusados, con la consiguiente inaplicación indebida de los arts. 27 y 28 del CP.

Submotivo segundo.- Habiendo resultado igualmente inaplicado del art. 77 del CP. Concurso Medial.

3°.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por inaplicación indebida del art. 404 del CP, por cuanto los hechos declarados probados describen la conducta propia del delito de prevaricación administrativa.

Submotivo primero.- de dicho delito será autor material Lluç Tomás Munar con la consiguiente inaplicación indebida de los arts. 27 y 28 del CP.

Submotivo segundo.- Habiendo resultado igualmente inaplicado el art. 77 del CP. Concurso Medial.

4°.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por inaplicación indebida del art. 74.1 del CP, en relación con el delito de malversación de caudales públicos.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista, se celebró ésta y la votación prevenida el día 8 de marzo de 2012.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Lluç Tomás Munar

PRIMERO.- 1.- En el primero de sus motivos, por el cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia a consecuencia de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incorrecta motivación. Todo ello en relación a su condena por el delito de malversación de fondos.

La **defectuosa motivación** se imputa tanto respecto de la utilización de la *prueba* de presunciones o indicios cuanto de la prescindencia de razonamiento plausible acerca de los medios de prueba de descargo.

En el segundo de los motivos reprocha igual vulneración en lo relativo a la coherente y racional motivación en lo relativo a la *subsunción* del hecho en el tipo penal aplicado.

La vulneración de la garantía de **presunción de inocencia** se alega en cuanto consecuencia de la defectuosa elaboración del hecho probado. No se reprocha pues solamente una defectuosa construcción retórica de la sentencia sino que se denuncia la inexistencia de indicio alguno que justifique.

Por ello solicita una segunda sentencia que, siguiendo a la de casación, absuelva al recurrente sin que se declare nuevamente la nulidad de la sentencia de instancia.

2.- El reconocimiento constitucional de las dos garantías de tutela judicial, por un lado, y presunción de inocencia, por otro, obliga a diferenciar su contenido y efectos.

En nuestra Sentencia n° 1.433/2011 de 30 de diciembre, decíamos al respecto, reiterando lo ya dicho en la Sentencia n° 155/2011 de 10 de marzo, que: *Éste implica que la decisión **de condena** debe venir avalada por la constatación de **motivos**, en los que se funde la afirmación de los elementos del delito. Por ello, cuando se invoca su vulneración, ha de examinarse al decidir el recurso si la afirmación de la concurrencia de tales motivos es aceptable o no.*

*Por el contrario, el derecho de tutela judicial no alcanza solamente a los supuestos de sentencia de condena. Ni es alegable, por ello, solamente por quien es condenado. Ni, y esto es lo que aquí debe subrayarse, tiene por objeto controlar la **existencia** de los motivos que fundan la decisión, absoluta o de condena. De ahí que resulte inadmisibles la formulación, bajo la invocación del derecho a la tutela*

judicial, de una pretensión que, a modo de **presunción de inocencia invertida**, inste la afirmación de aquellos motivos para obtener una sentencia de condena.

*El derecho a la tutela judicial alcanza solamente a la **suficiencia y corrección de los argumentos** utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos que funda la absolución o la condena. Pero no la existencia o inexistencia de tales motivos. De ahí que la vulneración de aquel derecho implique solamente la exigencia de que sea dictada nueva resolución, mientras que en el caso de estimarse vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de motivos para al condena, la resolución que procede es la de absolver al acusado.*

Por otra parte, y ya en relación a la garantía de tutela judicial hemos acogido la doctrina constitucional, entre otras, en la sentencia de 11 de Noviembre del 2010 resolviendo el recurso 906/2010 recordando que : *Ciertamente todas las partes tienen derecho a que la decisión, cualquiera que sea el sentido de la misma, sea motivada. Las que recaen sobre los presupuestos y también las que recaen sobre el fondo. Es bien conocida la doctrina sobre la vinculación del artículo 120.3 de la Constitución con el derecho a la tutela judicial efectiva. Y todo ello como test de legitimidad de la resolución jurisdiccional, en cuanto derivada del ejercicio de un poder y para abrir la posibilidad de un adecuado control, ya que de aquella motivación depende la posibilidad de articulación de la impugnación y es presupuesto cognitivo de la decisión del poder que asume el control.*

Pero ello no quiere decir que ese control, aunque vaya más allá de la mera constatación formal y externa de la existencia de un discurso argumental, pueda dar contenido constitucional a cualquier valoración sobre la calidad de dicha argumentación.

Los cánones de constitucionalidad son más restrictivos. Entre ellos cabe citar la inexistencia de un error susceptible de ser tildado como patente (Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 2010) o la quiebra evidente de pautas de razonabilidad lógica en el sentido de incoherencia lógica entre la premisa afirmada y la conclusión extraída, la ausencia de un cierto refuerzo que la motivación requiere ante supuestos determinados por la entidad de los derechos comprometidos (así en los

casos de rechazo de la prescripción o en la insuficiencia investigadora en casos de denuncia de tortura policial (STC de 18 de octubre de 2010) o incluso la ausencia de razonabilidad de la resolución por los resultados a que conduce.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de junio de 2009 recogiendo lo dicho por la STC 94/2007 de 7 de mayo (FJ 6) y la STC 314/2005 de 12 de diciembre , recoge los rasgos fundamentales de la doctrina consolidada en relación con la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el art. 24.1 Constitución subrayando que:

"a) El requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo, y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción.

b) El deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento jurídico exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial (SSTC 14/1991, 175/1992, 105/1997, 224/1997), sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (STC 165/1999, de 27 de septiembre) y, en segundo lugar, una fundamentación en Derecho (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, y 173/2003, de 29 de septiembre).

c) La suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 3 ; 139/2000, de 29 de mayo , FJ 4)".

3.- Examinaremos en este fundamento la queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial por deficiencia en la argumentación. Se trata de analizar si la expuesta en la sentencia recurrida adolece de defectos tales que, por su contenido constitucional, determine la anulación de la sentencia impugnada.

Se hace necesario a estos efectos (A) reordenar el discurso de los hechos probados, con no poca dosis de re-interpretación, a fin de poder conocer lo que la sentencia de instancia pretende describir, y, en todo caso, para hacerlo funcional a los efectos de la subsunción de los mismos en el tipo penal de malversación, de tal suerte que se pueda concluir si la *re-construcción* obvia las dificultades de la construcción originaria, permitiendo decidir sobre si ha ocurrido o no la indefensión denunciada.

Solo después de ello cabrá (B) examinar el reproche formulado en el motivo sobre la calidad de la argumentación expuesta en la sentencia para fundar aquella construcción del resultado probatorio.

(A) La tesis de la imputación se resume así: *los acusados se confabularon para que dinero del caudal municipal pasara a la propiedad privada de dos de los acusados logrando estos hacerse con un beneficio ilícito de 681.000 euros. El otro acusado, Alcalde, dictó las resoluciones administrativas necesarias a tal efecto, sabiendo, o debiendo saber, que tal enriquecimiento se producía ilícitamente.*

Tal hecho principal recoge la imputación que el Ministerio Fiscal formuló como conclusión definitiva, -apartado C de la conclusión primera- modificando la correlativa conclusión provisional en la que omitía toda referencia a la existencia y cuantificación del citado perjuicio económico del Ayuntamiento. La modificación era sustancial, y fue trascendente, ya que dicho Ministerio Fiscal no consideraba en su calificación provisional que los hechos que imputaba, sin apenas otra diferencia que la introducción

de esa cifra para cuantificar el perjuicio, constituyeran el delito de malversación de fondos. Esta nueva imputación se efectuó cuando ya había concluido la actividad probatoria del juicio oral.

La declaración de hechos probados de la sentencia recurrida se construye con dos apartados. El primero para proclamar el presupuesto del delito de malversación. El segundo, al que nos referiremos posteriormente, para proclamar el presupuesto del delito de alzamiento. El Tribunal de instancia rechaza que los *diversos* hechos que el Ministerio Fiscal incluye en su conclusión primera, en tres apartados identificados como A, B y C, justifiquen la atribución de plurales delitos, (negociaciones prohibidas, concierto fraudulento o prevaricación, además de otros, objeto de la acusación pública), sino solamente el de malversación. Por ello no lleva a cabo en la sentencia la separación en sendos bloques. Así erige en presupuesto de malversación lo que la acusación imputaba como presupuesto de negociaciones prohibidas -bloque A de la calificación del Ministerio Fiscal y hojas 11 a 13 de la sentencia- o cohecho -bloque B del Ministerio Fiscal y hojas 14 y 15 de la sentencia-. Lo que ya es de dudosa aceptabilidad desde la perspectiva del principio acusatorio.

En lo que importa aquí, a los efectos del motivo de casación que denuncia vulneración de la tutela judicial, la citada conclusión es inferida por el Tribunal de instancia a partir de otros hechos básicos también declarados probados. Los que el Ministerio Fiscal relata bajo el apartado C de su conclusión primera en la calificación definitiva y hojas 16 y siguientes de la sentencia. A la argumentación que ahí se recoge hemos de referirnos ahora.

Dicha argumentación se construye exponiendo unos hechos base desde los que se llega a aquella imputación de malversación:

a) Existencia de una **relación** entre el concejal y la coacusada, en cuyo contexto **constituyeron cuatro sociedades** de las que ésta era administradora y el concejal apoderado de una de ellas y gestor de hecho de todas, con la concreta **finalidad** de obtener adjudicaciones del Ayuntamiento dentro del área de competencias del concejal perjudiciales para la entidad local;

b) La existencia de un **acuerdo** entre el Alcalde y el concejal acusados confiriendo aquél a éste competencias en determinadas áreas y éste a aquél apoyo político.

c) Obtención de esas **adjudicaciones**, "en condiciones de beneficio máximo" -en literal expresión de la sentencia- fuera del procedimiento legal exigible pese a los reparos formulados por los técnicos municipales y, sin concurrencia de competidores.

d) Para poder recibir **contraprestación del Ayuntamiento superior al precio del servicio prestado, o sin prestar el servicio, e incluso ordenando pagos duplicados.**

Para acreditar la realidad de estas cuatro premisas, la sentencia declara también probado, en lo principal, otros hechos base desde los que aquéllos, a su vez, son inferidos:

a) Por lo que se refiere a la relación entre concejal y coacusada, subraya la sentencia que ésta era secretaria del grupo político ASI al que pertenecía el concejal, llegando a denominarla "secretaria interpuesta" (hoja 16 de la sentencia). Y en sede de fundamentación jurídica recoge el testimonio de D. Eduardo Connoly que afirma que D. Joaquín Rabasco Ferreira era "quien daba las órdenes" y que "ella era la secretaria mecanógrafa". Incluso da cuenta la sentencia en ese lugar de que la acusada era perfectamente conocida de miembros de la ASI que "por lógica" deberían saber de los "escarceos" amorosos entre el concejal y la coacusada, siquiera, por otro lado, no nos dé cuenta el Tribunal de su razón de ciencia al respecto (pág. 36).

b) Respecto a la existencia del *acuerdo* del Alcalde con el concejal, aunque reconoce la sentencia que el "contenido exacto se desconoce" (folio 11), pone énfasis la sentencia en afirmar que el Alcalde cooperaba merced a la "influencia y capacidad de presión política que el concejal ostentaba sobre él" (pág. 16 de la sentencia).

c) Afirma la sentencia que el concejal *consiguió* la *adjudicación* de eventos a las sociedades de la coacusada (folio 16) Describe como Majo Sport SL no tuvo otro cliente que el Ayuntamiento y que lo era pese a

carecer de experiencia en el sector en que obtuvo las adjudicaciones (folio 17 y ss). En cuanto al procedimiento subraya que se convocaron para ello **concursos para adjudicar eventos ya transcurridos**. Y en cuanto al resultado de enriquecimiento indica que algunos **compromisos facturados no se cumplieron** o que los importes de facturas implicaban un **beneficio de más del 60%** sobre los costes facturados a las sociedades adjudicatarias por los proveedores. Que la sociedad Tenedi Ambiente **cobró por servicios ya adjudicados a Majo Sport**. La sociedad Rodema Swing obtuvo las adjudicaciones por negociado sin publicidad en ausencia de competidores diversos de otras dos sociedades constituidas por los coacusados. Y que Retsar Music SL percibe precio de servicios por el mismo concepto y evento que ya había cobrado Tenedi o se permitía además simultanear la adjudicación del mismo evento a otras sociedades de la misma propiedad.

Como dato trascendente subraya la sentencia que el Alcalde permitía que las **sociedades** creadas por los coacusados "obtuvieran contratos en **exclusividad para actuaciones** muchos meses **antes de que** dichas actuaciones **fueran programadas** por el Ayuntamiento" (folio 26 y ss).

Las adjudicaciones eran objeto de "reparos" por los técnicos de intervención.

Y, en fin, proclama que "la práctica totalidad de la contratación municipal sobre fiestas y eventos del Arenal y barrios de Llucmajor" recayeron en sociedades de la acusada D^a María del Amor Aldao Muiño.

d) Como resultado de todo ello el Ayuntamiento tuvo un perjuicio que la sentencia calcula en 681.000 euros, cantidad que fija restando de los 1.005.685,62 euros, importe de lo contratado con el Ayuntamiento, la cantidad de 336.234,86 euros que corresponde al "volumen total de pagos que fiscalmente le han imputado al grupo de sociedades".

(B) Para justificar unas y otras premisas expone los medios probatorios atendidos y la valoración hecha por el Tribunal de instancia respecto de los mismos:

1º.- Las afirmaciones del Alcalde sobre existencia de comisión de festejos o mesa de contratación *no son respaldadas por ningún documento*. Éste no acreditó los términos del pacto que dijo existente respecto a actuación política. Estima el Tribunal de instancia que "probablemente" el concejal acusado exigiría "mayores prebendas económicas". (folio 37) Y como premisa de tal aserto afirma el Tribunal de instancia que el concejal acusado y su grupo político ASI ya habían sido socios continuos en otras legislaturas del Partido Popular, incluso antes del mandato del Alcalde acusado por lo que "posiblemente hayan existido otras conductas igualmente reprobables que no han sido enjuiciadas ni siquiera investigadas" Y, desde ese punto de partida llega a proclamar enfáticamente el Tribunal de instancia que mantiene "intacta" su anterior conclusión" de que ASI e incluso su presidente el concejal acusado "estarían ávidos de fondos y LLuc Tomás, que posiblemente no colaboró en la trama urdida, se vio forzado a darles su apoyo; metálico a cambio de votos" (sic) (pág. 33 de la sentencia) .

2º.- Considera indiciaria "del hecho acreditado" "las importantes sumas de dinero de las que se hizo en su propio beneficio D. Joaquín Rabasco y D^a María del Amor Aldao" (pág. 35).

3º.- El Tribunal manifiesta *no creer lo que declara la testigo* Concejal doña María Antonia Suñer, pese al aplomo con que declara, *por no respaldar con ningún soporte*, documentación o fecha la decisión o gestión para la contratación del actuante. Por el contrario dan credibilidad al testigo D Eduardo Connolly, aunque reconocen que se encuentra enemistado con el acusado, que ratificó que era el concejal acusado el que daba las órdenes que la coacusada gestionaba.

4º.- Reconoce que los testigos funcionarios "trataron de dulcificar la situación existente en el Ayuntamiento", aunque "parece" que el Alcalde no se tomaba en serio los "reparos" (folio 37). Incluso admite la sentencia que "evitaron cuidadosamente indicar algo incriminatorio contra el Alcalde" (folio 38).

5º.- Como prueba indiciaria del elemento subjetivo del tipo penal de malversación el Tribunal de instancia proclama que "el **entramado de**

sociedades no hubiese funcionado" sin el **acuerdo** del Alcalde, por razón de lo pactado con el coacusado, aunque admite (folio 39) como posible que el Alcalde se enterase "quizás" cuando ya "estaba en marcha" porque se lo comunicaron, y él no lo impidió. La fuerza de la inferencia que parte de ahí se robustece porque el procedimiento seguido y la ilegalidad de los contratos y órdenes de pago conllevan lógicamente que (sic) **"necesariamente el a la sazón Alcalde era plenamente consciente** de lo que había urdido junto con D^a María del Amor Aldao y D. Joaquín Rabasco y de que al autorizar los libramientos de pago, que nunca delegó, parte sustancia y sustanciosa de ese dinero iba a parar a D. Joaquín Rabasco" (folio 40).

6º.- Finalmente el Tribunal de instancia desecha que los denominados conraindicios o elementos probatorios de descargo, debiliten la inferencia así proclamada. Considera carente de valor que la *denuncia inicial no formulara imputaciones contra el Alcalde*, o que no se acreditasen que *Alcalde y concejal fueran amigos*. Tampoco el *testimonio de los funcionarios* o la posibilidad de que otras personas también deberían haber sido acusadas ponen en cuestión la razonabilidad de la inferencia reseñada en el párrafo 4) anterior. Tampoco la *documentación aportada por la intervención* del Ayuntamiento ya que huyendo del "confusionismo existente entre lo político y lo administrativo" (sic) el Tribunal de instancia afirma que Secretarios, Interventores y Tesoreros velarían por el cumplimiento de las normas pero no tenían acceso al "trasfondo de las facturas que les eran presentadas al cobro" ya que los acusados no dejaban "rastro de sus manejos". Además de resultarle sugerente que fuese el Abogado defensor quien aportase la documentación requerida al Ayuntamiento.

7º.- La argumentación así construida exterioriza cuales han sido los criterios que, partiendo de los medios probatorios han generado en el Tribunal la convicción de que se corresponde con la realidad la imputación constituida por la tesis resumida en el apartado A que antes indicamos.

Ciertamente podrá discreparse, y lo haremos en buena medida, de la coherencia y acomodación a pautas lógicas aceptables de tal discurso. Podrá decirse, y lo diremos, que esa línea retórica no convence suficientemente para dar por acreditados totalmente los hechos que se

proclaman probados. Pero debemos diferenciar entre la exposición de los motivos de tal declaración, y la existencia de los motivos que se exponen. Una cosa es que no exista argumentación y otra que la existente no sea convincente y por ello no se comparta.

En definitiva no cabe decir que no haya de manera absoluta exposición de argumentos, sino mera incorrección, incluso de importante entidad, de los mismos. Pero aquella existencia de discurso con pretensiones de justificación satisface la exigencia constitucional de tutela judicial. Esta garantía no otorga el derecho al acierto de la resolución. Ni en las conclusiones, ni en las premisas.

Por ello no procede estimar el motivo de casación que la invoca ni, en consecuencia, reiterar la declaración de nulidad que ya en su día fue establecida respecto de la sentencia de instancia que precedió a la aquí recurrida.

SEGUNDO.- 1.- En lo que concierne a la denuncia de vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia el motivo primero expone que, no solamente concurre la falta de motivación, sino que concurre la ausencia de prueba de cargo.

Ciertamente también denuncia error en la valoración de prueba, en los motivos del ordinal tercero al séptimo. Habrá de entenderse que éstos se formulan solamente de manera subsidiaria. Y ello porque no cabe afirmar a la vez el vacío probatorio, que exige la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia, y el error en la valoración de la prueba, que aquel otro motivo estima inexistente.

No obstante, si bien la estimación del primero releva del examen de los siguientes, los argumentos que en éstos se exponen tienen no escasa relevancia en cuanto a la consideración de la falta de prueba.

2.- Respecto a la garantía de constitucional de presunción de inocencia, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 128/2011 del 18 de julio, recordaba los elementos básicos de la garantía constitucional de presunción de inocencia: no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que exige una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías

necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito , y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos.

Este Tribunal Supremo ha venido también estableciendo el sentido y alcance de tal contenido de la garantía constitucional de presunción de inocencia, entre otras en Sentencias núms. 122/12 de 22 de febrero, 103/12 y 99/12 de 27 de febrero, 1342/11 de 14 de diciembre, 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre, 1385/11 de 22 de diciembre, 1270/2011 de 21 de noviembre, 1276/11 de 28 de noviembre, 1198/11 de 16 de noviembre, 1192/2011 de 16 de noviembre, 1159/11 de 7 de noviembre. Siguiendo la misma cabe establecer las siguientes referencias para constatar si la sentencia recurrida se ha adecuado a tal exigencia constitucional que legitime la condena del recurrente penado.

A) Con carácter general, el contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia implica:

a) Que la aceptación convencida por el Juzgador de la verdad de la imputación se haya atendido al método legalmente establecido lo que ocurría si los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad .

b) Que, en relación al resultado de la actividad probatoria, la certeza del Juzgador pueda asumirse objetivamente y no como mero convencimiento subjetivo de aquél. Tal objetividad no exige que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, pero sí que resulten fundadas por su vinculación a la actividad probatoria. Lo que ocurrirá si, a su vez: 1º).- puede afirmarse la inexistencia de vacío probatorio, porque los medios de prueba practicados hayan aportado un contenido incriminador y 2º).- la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos permita predicar de la acusación una veracidad objetivamente aceptable , y, en igual medida, estimar excluible su mendacidad. Ocurrirá así cuando se justifique esa conclusión por adecuación al canon de coherencia lógica, partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

c) Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado.

d) Finalmente, la objetiva razonabilidad de la aceptación de la acusación requiere la inexistencia de alternativas razonables a la hipótesis que justificó la condena. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables. Bastará, eso sí, que tal justificación de la duda se consiga, o, lo que es lo mismo, que existan buenas razones que obsten aquella certeza objetiva sobre la culpabilidad, para que la garantía constitucional deje sin legitimidad una decisión de condena. Sin necesidad, para la consiguiente absolución, de que, más allá, se justifique la falsedad de la imputación. Ni siquiera la mayor probabilidad de esa falsedad.

Puede pues decirse, finalmente, que cuando existe una duda objetiva debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Sin que aquella duda sea parangonable a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

B) Cuando la prueba directa no se traduce en afirmaciones de tal carácter sobre la imputación, sino que establece otras premisas fácticas desde las cuales el juez puede, siguiendo cánones de lógica y experiencia, inferir la concurrencia de los elementos fácticos típicos, merece una específica consideración la enervación de presunción de inocencia.

La citada Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2011 ha dicho al respecto que: A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados;

2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes" Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocenciacuando "la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada".

Es decir que en tales supuestos ha de constatarse tanto la solidez de la inferencia desde el canon de la lógica y la coherencia, como la suficiencia o carácter concluyente que se considerará ausente en los casos de inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas (Sentencia del Tribunal Constitucional 117/2007).

3.- No se objeta la validez de los medios probatorios. Pero se cuestiona la certeza del Tribunal de instancia porque no resulta objetivamente aceptable. Tanto por la falta de contenido incriminador de los medios de prueba practicados, cuanto porque su valoración se hace olvidando las exigencias del canon que impone la lógica, de manera no coherente y partiendo de premisas no correctas.

Por un lado el mismo Tribunal de instancia introduce en su discurso múltiples proposiciones que reflejan ausencia de certeza sobre los hechos que dice considerar probados, que, por ello, resulta de afirmación incoherente.

Respecto al pacto entre el Alcalde y Concejal acusados afirma la sentencia recurrida que los acusados D. Joaquín Rabasco Ferreira y D. Lluç Tomás Munar pactaron un plan de gobernabilidad municipal, **pero reconoce que su contenido exacto se desconoce** (hechos probados pág. 11), y no tiene obstáculos el Tribunal de instancia en reconocer que el

Alcalde D. Lluç Tomás Munar **posiblemente no colaboró en la trama societaria urdida** (folio 33). Incluso enuncia como mera *probabilidad* que el Concejal pactase con el mismo lucros ilícitos cuando sobre las **percepciones** por el acusado D. Joaquín Rabasco Ferreira la sentencia dice que **"probablemente exigiría...** mayores prebendas económicas" no afirmando eso con certeza (folio 37). Lo que no es sino reflejo de su gratuita especulación sobre la avidez que, como dejamos antes dicho, atribuye el Tribunal de instancia al Concejal acusado respecto de las contraprestaciones en metálico, que presume en dicho acusado sin otro aval que el de la colaboración en lo político durante diversas legislaturas.

Tampoco en cuanto a la legalidad de los procedimientos seguidos se muestra sin fisuras la argumentación de la sentencia recurrida en el trance de exponer los motivos por los que predica tal tacha.

Cabalística es la aserción que hace la sentencia en el sentido de que: **"De una vez por todas hay que huir del confusionismo existente entre lo político y lo administrativo"**. Y añade el Tribunal de instancia que: **"Damos por supuesto que Secretarios, Interventores y Tesoreros velarían cual era su obligación de dar cabal cumplimiento a las normas locales"** (pág. 43). El Tribunal de instancia parece minimizar la adecuación a exigencias legales del procedimiento seguido para las adjudicaciones. De ahí que no tenga empacho en proclamar que "el quid de la cuestión estriba en si cumpliendo con la legalidad formal, pero conociendo el Alcalde la verdad material sobre la causa de los torticeros contratos, **por mucho que se cumpliesen con todas las formalidades,** serían o no nulos sino además delictuosos". Añade la sentencia que D. Joaquín Rabasco Ferreira no podía (quiere decir *debía no*) contratar, no podía inflar las facturas y no importa que otros también contrataran. La sentencia no hace seguir a tal planteamiento la respuesta a ese *quid*.

Sin embargo, al analizar la prueba sobre la regularidad de los procedimientos, la sentencia establece que, respecto a lo declarado por los técnicos en juicio, de los que intuye que tratan de "dulcificar la situación existente" (sin que la sentencia dé cuenta del contenido de tales testimonios), **tampoco parece** -(sic) sin afirmarlo- **que su Alcalde tomara seriamente los reparos que le formulaban.** Desde luego la sentencia lo que no afirma así es la certeza de que no los tomara en serio,

ni qué significa tal cosa. (pág 37). Y también proclama que **todos los funcionarios y políticos que depusieron en el plenario..... evitaron cuidadosamente indicar algo incriminatorio en contra del Alcalde y que procuraron a todas luces favorecerle** La sentencia omite el contenido de tales testimonios y se limita a excluir su toma en consideración por la dependencia respecto del acusado Alcalde (pág. 38). Quizás por el resultado de tal prueba llega a decir la sentencia, tras enumerar cinco indicios, identificados de la letra *a* hasta la *f* (omitiendo la letra *e*), que "Puede decirse que tales indicios **no le incriminan directamente...** (y, añade la sentencia) ...es posible que, conforme a las tesis sustentadas por su Abogado, (el Alcalde) **podía ser inepto pero no corrupto**" (pág 37).

Por si fuera poco tal cúmulo de dudas del Tribunal sobre el acuerdo de lucro ilícito y la ilegalidad de los procedimientos, sorprende más aún, si cabe, lo que llega a afirmar sobre la realidad del expolio económico. Así, para rechazar la pretensión (formulada por el Ministerio Fiscal) de añadir infracciones a las que la sentencia sí sanciona (malversación y alzamiento) se proclama que **nadie ha discutido que los servicios de D^a María del Amor Aldao Muño se hubiesen prestado satisfactoriamente: los caramelos se compraron y emplearon. Todos los servicios se habían prestado satisfactoriamente.....**Y se añade "**Difícil es afirmar que no se haya sustraído ni se haya consentido que otro sustraiga**" olvidando quizás que *difícil* no es imposible. Ni se dice que exista certeza de tal sustracción....Y se culmina diciendo "**no habiéndose probado que el Ayuntamiento sufriese ningún grave daño como consecuencia de la trama urdida que no debemos confundir con el importe de lo defraudado, como causa de agravación (?)**."

Pero, por otro lado, la motivación de su convicción por el Tribunal de instancia muestra un displicente desdén respecto de los medios probatorios que aportan "buenas razones" que objetivamente justifican dudas sobre los pilares fácticos de la imputación, más allá de las que se ve forzado a reconocer el propio Tribunal, avalando la tesis alternativa de la defensa como suficientemente justificada para desvanecer la retórica motivadora de la sentencia.

Así ocurre en relación al informe aportado por la Intervención del Ayuntamiento en respuesta a una petición del Letrado registrada en con nº 7553 en 26 de junio de 2008. En el mismo, en un primer bloque, se **excluye la duplicidad de pagos** explicando hasta siete supuestos (que denomina *cuestiones*) y respecto de cuya exclusión la sentencia (páginas 44 y 45) no justifica razones para dudar de su credibilidad. En un segundo bloque el informe examina los supuestos de existencia de reparos en su día formulados por los técnicos del Municipio. Enuncia los diversos Decretos ordenando pagos y afirma que **no existió reparo alguno** en la gran mayoría de los casos (incluyendo los de fecha 12 de diciembre de 2000 y 6 de agosto de 2001 a los que después nos referiremos) y en los casos que existió tal reparo el mismo resulta neutral a los efectos de la imputación que examinamos. En efecto en uno de ellos (Decreto de 31 de diciembre de 2001 relativo al concierto de José Mercé gestionado por Retsar Music SL) el reparo provenía de la falta de indicación de que las facturas respondían al pago de actuaciones contratadas en exclusividad por la sociedad que facturaba, cuando esa exclusividad resulta incuestionable. En el otro (facturas 1/2001 de aquella misma sociedad y 1/2001, 2/2001 y 102/2000 presentadas por Tenedi Ambiente SL) se trata de casos en que las facturas se cargan a previsiones presupuestarias de 2001 cuando la actuación tuvo lugar en el año 2000.

El Tribunal desatiende tales informes con una críptica referencia a los deslindes que estima necesarios entre "lo político y lo administrativo". Tal alusión debería haberle llevado a excluir esas irregularidades, que el informe desautoriza, de los fundamentos de la imputación. Y a acreditar con la oportuna motivación las razones por las que procedimientos para los que no se encuentran tachas fueron ocasión de la depredación que tanto fustiga en su discurso.

El tercer bloque documental acredita la concurrencia de otras sociedades como contratistas del Ayuntamiento. Nada dice al respecto la sentencia sobre el valor probatorio de tal hecho como base de inferencias contrapuestas a la de exclusión de la competencia, que se había erigido en base de la imputación.

No podemos compartir que, omitiendo la justificación de ese desprecio de la prueba de la defensa, se pueda decir por el Tribunal que el

cumplimiento de la legalidad formal es irrelevante, porque eso solamente se predica del conocimiento que se afirma en el Alcalde respecto de la "verdad material sobre la causa de los torticeros contrato". Ello exige que se indique el concepto de causa de que se habla, en qué consiste la verdad material al respecto y cual es la justificación de que esos contratos se califiquen de torticeros. Lo que no constituye desde luego contenido de la motivación expuesta en la sentencia con la nitidez deseable.

Tampoco resulta acorde a pautas lógicas excluir la credibilidad de la testigo D^a María Antonia Suñer. Ésta era la Concejal que se dice precisamente responsable de las contrataciones de actuaciones en los festejos. Y, tras haber sido imputada inicialmente, se le excluye de toda imputación. Manifiesta en juicio que ella era la que decidía, sin intromisión alguna del Concejal acusado, quienes habían de ser contratados para actuar, siquiera bajo la aprobación del Alcalde. Excluir tal testimonio como creíble por el único dato de que su deposición no se acompañó de citas y documentos precisos sobre el tiempo y forma de tales contrataciones, se antoja poco razonable. Y en consecuencia realza la razonabilidad de la duda sobre los términos de la imputación que atribuyen a los acusados el monopolio excluyente de ese proceso.

Finalmente el elemento objetivo del tipo de malversación, constituido por la sustracción de caudales públicos, tampoco resulta adecuadamente justificado. La decisión inicial del Ministerio Fiscal de no formular acusación por el delito de malversación puede ser el factor que explique que no se contase con una prueba pericial que, con la credibilidad que reporta la técnica contable, aleje toda duda sobre los "excesos" de facturación como canal de ilícita extracción de aquellos caudales. Lo cierto es que, cuando, terminada ya la práctica de la prueba, el Ministerio Fiscal introduce en el debate ese nuevo título de condena, no cuenta con tal prueba.

Fuere o no a consecuencia de tal modo de discurrir el proceso, lo cierto es que el Tribunal de instancia no realiza esfuerzo alguno en sede de fundamentación jurídica por justificar la fijación del importe de lo defraudado. Apenas sí para predicar de algunas concretas adjudicaciones que el importe de lo satisfecho por el Ayuntamiento se antoja excesivo

Es al describir los hechos probados cuando, al culminar el primer apartado incluye el siguiente: *"Con la conducta descrita conjuntamente por los tres acusados se perjudicó al Ayuntamiento de Lluçmajor por cuantía superior a los 681.000 euros"*.

Nada dice sobre la relación causa efecto entre aquella conducta y esa cifra. Parece que la respuesta estaría en el final de la página 25 y comienzo de la 26: *"En volumen total, estas cuatro sociedades contrataron con el Ayuntamiento de Lluçmajor por cuantía de 1.005.685,62 euros..... El volumen total de pagos fiscalmente le han imputado al grupo de sociedades es de 336.234,86 euros..."*

En efecto la diferencia entre ambos importes (669.450,76) se "aproxima" a la fijada como perjuicio. Si esa es la filosofía -implícita que no expresa- a que se atiene el Tribunal de instancia, podría enunciarse su máxima diciendo que "cuando se contrata con un Ayuntamiento percibiendo por ello de éste algo más que lo que el contratista justifica como gasto fiscalmente imputable constituye lucro ilícito constitutivo del delito de malversación". Obviamente tal máxima no puede ser acogida, ni en lo económico, ni, menos aún, como fundamento de una condena que acarrea la pérdida de libertad.

Si no cabe confundir, como advirtiera Antonio Machado, valor con precio, tampoco cabe identificar valor o precio con coste, y, menos aún, con la consideración tributaria de lo que se estima coste. De ahí que hubiera sido necesario la suficiente probanza de la falta de justificación de las partidas abonadas a las sociedades controladas por los acusados, con adecuada exposición de los criterios atendidos para evaluar lo que resulta excesivo en medida no justificable. Prueba que no puede ser sustituida por una sospecha o intuición, ni presumirse sin más desde el mero dato de la cantidad efectivamente abonada. Tal prueba corría a cargo de la acusación. No es la parte acusada la que tiene que acreditar, con o sin llevanza de contabilidad exhaustiva, que lo percibido es justa contrapartida de costes soportados y lícitos beneficios esperables. Pero la prueba practicada no va más allá de la constatación de los importes abonados y de una parcial evaluación de costes declarados a efectos fiscales.

Por ello tampoco en este particular esencial se han respetado las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

La inaceptabilidad de las conclusiones probatorias sobre dicho elemento objetivo del delito imputado hace innecesario examinar la falta de certeza objetiva respecto del elemento subjetivo del tipo penal que en todo caso ha de excluirse.

El motivo se estima con las consecuencias que se dejarán establecidas en la segunda sentencia que dictaremos a continuación de ésta de casación.

TERCERO.- El motivo segundo denuncia -desde la perspectiva de la garantía de tutela judicial efectiva- la inadecuada subsunción de los hechos probados en el tipo penal por no exponerse razones que la expliquen. Pero dado que son los hechos mismos que constituirían dicho delito los que se erradican por razón de la vulneración de la garantía de presunción de inocencia, no ha lugar ya a examinar dicho motivo segundo.

CUARTO.- 1.- El recurrente formula en los motivos tercero a séptimo, la queja de que la sentencia de instancia incurre en diversos errores en cuanto a la valoración de los medios probatorios. La estimación del anterior motivo, que implica la exclusión como hechos probados de todos aquellos sobre los que versan los citados motivos, deja éstos sin contenido.

No obstante, en la medida que el recurso del Ministerio Fiscal solicita la imputación de otros delitos, diversos del de malversación, resulta pertinente examinar alguna de esas quejas respecto a la declaración de hechos probados en los que habría de fundarse aquella pretensión de los recursos de la acusación pública.

2.- Tal es el caso del error denunciado en los motivos cuarto y quinto relativo a la **adjudicación de actividades del año 2000 a la sociedad Retsar Musica SL** que, conforme a la página 55 del recurso del Ministerio Fiscal, sería el único hecho que constituiría el delito de prevaricación.

Sin perjuicio de los aspectos del recurso del Ministerio Fiscal que serán objeto de estudio posterior, conviene recordar lo que la sentencia recurrida proclama como hecho probado al respecto, en la medida precisa en que la acusación lo erige en presupuesto de la prevaricación que imputa. La acotación fáctica la efectúa en la página 52 y siguiente del recurso dicha acusación y se contrae a lo que la sentencia de instancia expone en la página 23 y siguiente: **a)** adjudicación a Retsar Musica pese a que las celebraciones del año 2000 se habían **adjudicado a Majo Sport**; **b) irregularidad** en el procedimiento seguido al efecto (forma verbal y sin reserva de crédito); **c)** aprobación del gasto por **Decreto de 12-12-2000**; **d) Decreto adjudicando contrato en agosto de 2001** pese a informe contrario del Intervención de fecha 6.8.2001 y, **e)** finalmente, (página 28 de la sentencia) falta de constancia de propuesta al Pleno de aprobación de pagos ordenados pese a mediar **reparos**.

La documentación alegada en el motivo consiste, en primer lugar, en copia del Decreto ordenando el pago en 12 de diciembre de 2000 de la que deriva **que no fue emitido por el acusado sino por el Alcalde accidental** (así deriva del folio 494 de la causa). En cuanto a que dicho gasto supuso duplicidad por haberse adjudicado ya a Majo Sport lo que se ordena abonar a Retsar Music el informe de Intervención aportado responde a la cuestión 7ª diciendo que **no existe duplicidad de pagos**, dictamen pericial del que la sentencia se aparta sin otra expresión que la incluida en la página 45 donde solamente dice respecto a esa cuestión "es curioso que las empresas siempre sean las mismas..." Por ello, aunque un informe de naturaleza pericial no constituya en principio documento casacional a los efectos del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene tal carácter cuando sea uno, inequívoco y el apartamiento de su contenido por el Tribunal resulte arbitrario o sin justificación alguna. Cual es el caso. Igualmente la afirmación de que ese procedimiento contó con reparos se desmiente en el informe mismo que acabamos de citar e invoca el recurrente. Pero es que además, visto el informe de intervención en respuesta al escrito del Juzgado de fecha 25 de julio de 2006, dice en cuanto a la factura 100/2000, a la que se contrae el citado Decreto que ordena su pago, que el Interventor D. Juan Canyellas Vich no formuló reparo. Y al folio 497 aparece Dª Antonia Suñer Olea otorgando el *Vist i plau* a la factura.

Por todo ello, en relación a esos tres aspectos a, b, y c del hecho invocado para la prevaricación, no solamente los documentos acreditan el error, sino que la proclamación de la sentencia sería también incompatible con las exigencias de la presunción de inocencia.

En lo relativo a la adjudicación por Decreto de 6 de agosto de 2001, y consiguiente aprobación del gasto de 25.664.593 pts, el documento de la misma fecha, firmado por el Jefe de Negociado, con los vistos y conforme de Secretario e Interventor, advertía que faltaba la acreditación de que la adjudicataria contase con los derechos exclusivos de los artistas cuya actuación comprometía, lo que resultaba un reparo para el sistema de contratación "negociado sin publicidad". Sin embargo el día 16, con la misma suscripción que el anterior, se amplía ese informe en el sentido de "tener por subsanada la deficiencia significada en el anterior informe". Documento éste ignorado en la sentencia de instancia y que predica un resultado probatorio no compatible con el dictado por dicha sentencia. En consecuencia los aspectos d) y e) del hecho dado por probado para invocar la comisión del delito de prevaricación, resultan desacreditados por esa prueba documental.

Por ello, en la medida en que tal hecho no apareciera suficientemente erradicado por el vacío probatorio examinado en el motivo primero, (fundamento segundo de esta sentencia) estos otros dos motivos por error de valoración, deben ser acogidos.

3.- Por lo que concierne a la imputación del delito de negociaciones prohibidas debemos comenzar resaltando que el Ministerio Fiscal apenas menciona la intervención del Alcalde en el apartado A de su conclusión primera en la que imputa dicho delito. Por ello tampoco lo hace la sentencia en las páginas 11 a 14 en que describe lo probado respecto a lo que podría constituir el indicado delito en correlación, exigida por el principio acusatorio, con lo afirmado por la acusación. Se limita ésta a encabezar tal parte de la declaración con la afirmación de existencia del pacto político entre formaciones de esa naturaleza.

Por ello, en lo que atañe a este recurrente, ninguna cuestión puede suscitarse sobre la eventual vulneración de la garantía de presunción de inocencia. Tampoco los motivos tercero a séptimo acogen ninguna

específica protesta de error en cuanto a la relación de este recurrente con esa premisa fáctica, erigida en presupuesto de eventual imputación a los coacusados del delito de negociación prohibida.

4.- Respecto al delito de concierto para defraudar al Ayuntamiento, el hecho imputado, descrito en el apartado C de la acusación pública y en las páginas 16 y siguientes de la sentencia, se constituye por: **a)** el concierto entre D. Joaquín Rabasco Ferreira y D^a María del Amor Aldao Muiño "con la finalidad de aprovecharse de la condición de concejal de aquél" para contratar con el Ayuntamiento con beneficio de aquéllos y perjuicio de éste; **b)** ejecución de tal acuerdo lo fue la constitución de las sociedades que se dicen y **c)** "para dicha finalidad contaban con la colaboración necesaria" del Alcalde acusado.

Correspondería a este lugar determinar si la afirmación de esa colaboración se puede dar por acreditada.

Ahora bien, dado que esa cooperación se proclama en la sentencia como presupuesto de la imputación del delito de malversación y, por ello, como prestada **con posterioridad** al concierto entre los otros dos coacusados, llegando incluso a admitir expresamente la sentencia que el Alcalde "*Lluc Tomás... posiblemente no colaboró en la trama societaria urdida*" sino que se vio forzado a darles su apoyo. Es claro que obviamente este apoyo advino con posterioridad a la urdidura. Siendo de destacar que la sentencia no proclama expresamente que el Alcalde y los con él acusados pactaran nada respecto a la creación de las sociedades ni previamente a su constitución. Antes bien, dice en su página 39 que: "*es posible que no planease con el resto de los acusados el plan para lucrarse; quizás se enteró cuando ya estaba en marcha, se lo comunicaron y no lo impidió*". La sentencia se limita a decir solamente que, para dar eficacia al pacto político, el Alcalde quiso favorecer a los coacusados. Pero no que ese favorecimiento estuviera comprometido con anterioridad a la constitución de las sociedades.

Dado que esa posterioridad en lo que se imputa al Alcalde respecto al concierto delictivo es irrelevante para el delito del artículo 436 del Código Penal resulta innecesario el examen del recurso interpuesto al

amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto a este delito.

QUINTO.- El motivo octavo se ampara en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para denunciar la infracción del artículo 432.1 del Código Penal que tipifica el delito de malversación de caudales públicos.

Ciertamente este motivo se condiciona al pleno respeto a los hechos que son dados como probados en la sentencia de condena. Pero en la medida que los que venían así declarados, respecto a este delito, han sido desautorizados por establecerse que su declaración vulnera la garantía de presunción de inocencia, es claro que esa tipificación del comportamiento del acusado Alcalde ha de dejarse sin efecto en la segunda sentencia, a dictar a continuación de la de casación. Por ello este motivo queda sin objeto.

SEXTO.- Lo mismo cabe decir en lo relativo a la denuncia de infracción de ley, referida al mismo tipo penal, siquiera ya en lo que concierne al elemento subjetivo de ese delito, que el recurrente denuncia en el motivo noveno.

Dicho motivo ha quedado también sin objeto.

SÉPTIMO.- Y por las mismas razones ha de considerarse sin objeto el motivo décimo que denuncia igual vulneración del artículo 432.1 del Código Penal, ahora en relación al artículo 11 del mismo, por estimar atípico el comportamiento del recurrente.

OCTAVO.- Los motivos decimoprimer, duodécimo y decimotercero presuponen la condena por el delito de malversación.

Excluida dicha condena, todos ellos quedan sin objeto

Recurso de Joaquín Rabasco Ferreira

NOVENO.- 1.- En el segundo de los motivos, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se reprocha a la sentencia una defectuosa construcción incompatible con el debido respeto a la garantía de tutela judicial sin indefensión, que reincidiría en el incumplimiento del deber de motivar que llevó a que nuestra precedente sentencia de casación nº 273/2010 dictada en la misma causa declarase la nulidad de la primera sentencia que se dictó en la instancia.

No solamente por reproducir, pese a dicha nulidad declarada, la declaración de los hechos probados y fallo de la anulada, sino por apartarse de las "pautas metodológicas que inspiran la valoración de la prueba indiciaria".

Proclama el recurrente que lo que *el Ayuntamiento abonó a D^a María del Amor Aldao Muiño o a sus empresas, era el debido abono contraprestación de los servicios prestados, y denuncia la absoluta falta de prueba de que el precio así abonado exceda del valor del servicio.*

Tacha de gratuitas las diversas afirmaciones de hechos como probados -analizando hasta 17 de esas afirmaciones- y critica tanto la valoración de cada medio probatorio que la sentencia expone -desde las contradicciones del Alcalde hasta la fijación de crédito para adquirir llaveros- como la argumentación de la recurrida para prescindir de los elementos de prueba de descargo -testificales y documental- que se aportaron en el juicio oral.

2.- Cabe aquí dar por reproducido lo que dijimos respecto al motivo del anterior recurrente fundado en la alegación de igual vulneración constitucional. Siquiera, dado que aquél centraba la impugnación en los hechos -motivo primero- y fundamentos jurídicos- motivo segundo- que concernían al delito de malversación, debamos aquí examinar esta impugnación también en relación a los antecedentes de hecho que constituyen presupuesto de las imputaciones de los delitos de negociación prohibida (apartado A de la conclusión primera de la acusación pública) y concierto para el fraude (incluido en el conjunto de los amalgamados en el apartado C de aquella acusación del Ministerio Fiscal).

3.- El hecho declarado probado, que era imputado como presupuesto de la negociación prohibida al recurrente, estaba constituido esencialmente por la aceptación del cargo de apoderado de la sociedad Majo Sport SL, constituida por la coacusada D^a María del Amor, que le facultaba para administrar, contratar, disponer e incluso representar en juicio a aquella entidad, siendo la persona que incluso pagaba el alquiler del local que dicha entidad usaba como sede. Para constatar la ilicitud del comportamiento se declara que simultáneamente desempeñaba funciones representativas en el Ayuntamiento en áreas en las que incidía la actividad de esa sociedad por él representada. Así siendo Alcalde delegado de S'Arenal, y Concejal, al menos, de deportes, propuso eventos y que se adjudicaran a esa empresa, visando y autorizando con su firma facturas que le fueron abonadas a dicha sociedad.

Respecto a esa conformidad que se prestó por el recurrente a facturas, señala la sentencia (pág. 18) se acredita por la firma de este recurrente en calidad de concejal. Ninguna duda se suscita sobre la realidad de la constitución de aquella sociedad y del otorgamiento del poder.

4.- El concierto para el fraude tiene como hecho base alegado para justificar la imputación el comienzo del apartado C de la acusación pública. En la sentencia ese dato histórico se recoge en las páginas 16 y siguientes. Siquiera, estrictamente referidos al concierto, los hechos se limitan a las siguientes afirmaciones, ya antes expuestas: **a)** el concierto entre D. Joaquín Rabasco Ferreira y D^a María del Amor Aldao Muiño "con la finalidad de aprovecharse de la condición de concejal de aquél" para contratar con el Ayuntamiento con beneficio de aquellos y perjuicio de éste; **b)** ejecución de tal acuerdo lo fue la constitución de las sociedades que se dicen y **c)** "para dicha finalidad contaban con la colaboración necesaria" del Alcalde acusado.

Los demás hechos probados lo que hacen es exponer actuaciones que habrían materializado ese proyecto. La exposición de tales materializaciones viene a justificar en el discurso de la sentencia la base desde la que ésta infiere la existencia de aquel componente subjetivo de la premisa histórica que es la finalidad a la que se dirige la constitución de las sociedades. El acto fundacional no es discutido.

5.- Por aplicación de la misma doctrina constitucional que antes expusimos respecto al contenido del derecho a la tutela judicial, hemos de proclamar ahora que tal exposición de la sentencia justifica en lo imprescindible la argumentación de lo que se decide. Tanto en cuanto al efectivo desarrollo de actividades privadas como a la existencia de ese pacto para obtener beneficios en perjuicio de la Administración.

Por ello también rechazamos el motivo en cuanto al concreto aspecto de la *existencia de motivación*.

DÉCIMO.- 1.- Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia. En realidad en este motivo la argumentación se limita a dar por reproducido lo que ya expuso en el anterior "acerca del apartamiento de las pautas metodológicas que inspiran la valoración de la prueba". Refleja así el recurrente la confusión sobre el contenido y alcance de sendas garantías constitucionales de tutela judicial y presunción de inocencia.

Siguiendo la línea de diferenciación que dejamos expuesta al inicio de esta sentencia, podemos abordar ahora el contenido de la impugnación en cuanto dirigida a acreditar el vacío probatorio de los hechos imputados al recurrente.

2.- Respecto al delito de malversación abunda con dar por reproducido lo que expusimos al examinar igual motivo del primer recurrente, para estimar también el que ahora examinamos.

En relación a los hechos declarados probados y que podrían dar lugar a la asunción de la imputación de los delitos por razón de los cuales solicita condena el Ministerio Fiscal en su recurso, el motivo merece dispar suerte.

3.- Así los hechos que se declaran probados en las páginas 11 a 14, que pueden constituir el delito de negociaciones prohibidas, no solamente la sentencia satisface las exigencias de motivación, como acabamos de exponer, sino que proclama conclusiones probatorias que satisfacen las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia. En

efecto la constitución y otorgamiento de poderes resulta de la prueba documental. Como documentalmente se acredita la calidad de concejal de la que, por otra parte, solamente se cuestiona que abarcara el ámbito competencial relativo a festejos, lo que, como veremos al tratar la cuestión de la subsunción del hecho probado en la norma es de escasa relevancia. Tampoco puede suscitarse cuestión de vacío probatorio en lo que se refiere a la proclamación de que el acusado desempeñaba la gestión efectiva de las sociedades. Al respecto la sentencia justifica tal aserto en "el control y disponibilidad de los ingresos que obtenían del Ayuntamiento, como se desprende de las testificales y se infiere del ignoto destino final del dinero". (pág. 33 in fine y 34). Así, en efecto, da cuenta de lo declarado por D. Eduardo Connoly diciendo que "quien daba las órdenes era D. Joaquín Rabasco Ferreira y ella era la secretaria" (pág. 36).

Así pues, prescindiendo incluso del valor indiciario dado al desconocimiento del destino del dinero, el Tribunal contó con prueba directa de la realidad del despliegue de actividad en el ámbito privado por parte del concejal recurrente. Por lo que mal puede decirse que la afirmación de una y otra actividad -la pública y la privada- no cuente con apoyo probatorio bastante para poder justificar una certeza objetiva sin que frente a la misma se erijan buenas razones que susciten dudas razonables respecto a ese concreto particular.

El motivo se rechaza en ese aspecto.

4.- Y en relación al concierto para defraudar al Ayuntamiento tampoco podemos considerar que los hechos que se declaran probados carezcan de apoyo probatorio lícito y suficiente.

Razonable parece inferir, dada la condición de concejal y la relación de éste con la coacusada, que la constitución de las sociedades respondía al proyecto, compartido por ambos, de facilitar el acceso a adjudicaciones de servicios y a la esperanza de obtener así beneficios en cuantía que supondrían para el Ayuntamiento un coste superior al que éste soportaría en oferta más competitiva.

Tal conclusión no implica necesariamente que se haya, además, obtenido la probanza de que tal sobrecoste fuera efectivamente causado.

Pero esto es un dato que, como veremos, resulta intrascendente para la consideración de la existencia del delito a que nos referimos en este apartado. Como tampoco resulta trascendente a los efectos del motivo de este recurrente, la proclamación de la supuesta participación del acusado Alcalde.

Para ratificar la razonabilidad de la anterior inferencia cabe, sin embargo, valorar el dato de la abundancia de adjudicaciones, a las que efectivamente accedieron las sociedades constituidas por la coacusada, en el marco de esa relación con el Concejal acusado. Muy particularmente las que se referían a protagonistas de actuaciones cuya contratación exclusiva por la acusada debe vincularse a la certeza de que habría de resultar rentable en caso de las adjudicaciones municipales cuya esperanza de obtención no parecía amenazada, si no más bien.

Ciertamente cabe cuestionar las referencias de la sentencia a la existencia de reparos por los técnicos, la afirmación de duplicidad de cobros por un mismo servicio, o sin existencia real de servicio, e incluso la afirmación de ausencia de toda concurrencia de competidores. O, en fin, la existencia misma de un injustificable sobrecoste abonado a las sociedades de los coacusados. Lo que ha acarreado que no se proclame probado un relato histórico que se constituya en presupuesto del delito de malversación. Y en ese sentido puede aceptarse en gran medida lo que el recurso expone en el motivo segundo B) al que remite el motivo tercero.

Pero esas objeciones del recurso no aportan buenas razones que susciten una duda objetiva razonable sobre la existencia del concierto que se proclama probado y cuya finalidad era precisamente la defraudadora que le atribuye la resolución recurrida.

Por ello no cabe estimar vulnerada la garantía constitucional de presunción de inocencia en lo relativo al hecho tipificado, como veremos, como delito de pacto para el fraude.

DECIMOPRIMERO.- 1.- Aún para el caso de que fueran rechazados los anteriores motivos, denuncia que la subsunción de los mismos en el artículo 432.1 del Código Penal no es correcta pues la propia sentencia reconoce que **los servicios de D^a María del Amor Aldao**

Muiño fueron prestados satisfactoriamente. Por ello la tipificación implica vulneración del citado precepto en cuanto no debió aplicarse el mismo.

2.- No obstante, dado que la aceptación del motivo que denuncia vulneración de la garantía constitucional del presunción de inocencia deja sin apoyo fáctico la imputación del delito de malversación, este motivo del recuso queda sin objeto.

DECIMOSEGUNDO.- El motivo quinto, partiendo también de la no modificación de los hechos probados, estima que debe tenerse por indebidamente tipificados como constitutivos del delito del artículo 258 del Código Penal cuya vulneración alega al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Estima el recurrente que si se considera que los hechos no constituyen delito de malversación, no cabe predicar la finalidad de eludir responsabilidades civiles. E insiste en la ausencia de tal elemento subjetivo del tipo de alzamiento de bienes.

2.- La imputación del delito de alzamiento de bienes o insolvencia punible del artículo 258 del Código Penal exige, en lo objetivo, que el autor lleve a cabo actos que, no solamente disminuyan su patrimonio, sino que, a causa de esa disminución, derive insolvencia, al menos parcial. Los hechos declarados probados proclaman, en general, que los acusados realizaron diversos "reintegros y desinversiones" evitando que "los fondos obtenidos con la actividad delictiva pudieran ser localizados y trabados".

Pues bien, a continuación declara la sentencia como hechos probados, de manera específica una serie de actos consistentes en retiradas en efectivo de dinero pasando éste de las cuentas de las sociedades a D^aMaría del Amor (nueve de ellas) o, por parte del aquí recurrente, actos de reintegro de dinero en efectivo de cuentas de su titularidad. En ninguno de los casos se declara cual fue el destino dado a las cantidades obtenidas.

La sentencia no proclama cual sea el importe de la responsabilidad civil eventualmente contraída por ambos acusados, diversa de la del reintegro al Ayuntamiento de un eventual perjuicio que derivase de un

delito de malversación. Declarada la inexistencia de éste no puede proclamarse que exista tal responsabilidad civil. Por ello el delito aquí imputado habría de referirse a otro delito y no a cualquier responsabilidad, como la genérica pecuniaria que indica la sentencia, sino a la específica civil que es a la que se refiere el tipo penal. Pues bien, en la medida que la atribución de responsabilidad penal por los delitos de negociación prohibida o concierto fraudulento no generan responsabilidad civil, no cabe tampoco imputar insolvencia destinada a eludir esa inexistente responsabilidad civil.

Lo que ya hace innecesario examinar otros dos aspectos que la responsabilidad *ex* artículo 258 exige: **a)** la declaración expresa de que el acusado quedó en situación insolvencia, de manera que no pueda hacerse efectiva la responsabilidad civil, tanto más cuanto que, sobre no constar su existencia, tampoco se fija cual sería el importe de ésta y **b)** la exposición de la inferencia que justifique la concurrencia del elemento subjetivo consistente en que las disposiciones obedecían a dicho fin. Tal inferencia resulta poco concluyente si atendemos al periodo de tiempo durante el cual se llevaron a cabo los movimientos bancarios –septiembre de 2000 a marzo de 2006- y que al menos las extraídas de las cuentas societarias ocurrieron en tiempo en que se llevaron a cabo las actuaciones contratadas que habrían de ser satisfechas a las personas que actuaron y a los proveedores de lo necesario para su desarrollo.

Por ello el motivo debe ser estimado.

DECIMOTERCERO.- El sexto de los motivos denuncia la no aplicación de la regla sobre aplicación de la pena establecida en el artículo 65.3 del Código Penal en relación al delito de malversación por el que venía penado el recurrente.

La exclusión de esa responsabilidad penal deja sin objeto este motivo.

DECIMOCUARTO.- 1.- En los motivos primero y séptimo se denuncia, respectivamente, la conculcación del derecho constitucional a un proceso sin dilaciones y la indebida valoración en la medida de la pena a

imponer por no aplicar la atenuante del artículo 21.6 como muy cualificada.

La exclusión de responsabilidad penal a título de malversación, por el que venía penado el recurrente, no exime del examen de este motivo en la medida que, como veremos, se impondrá otra responsabilidad penal por otro título de condena.

El alegato atiende a la dilación desde una doble perspectiva: **a)** la falta de inmediación entre el juicio y la sentencia aquí recurrida que cuestiona la validez del examen de la prueba por el juzgador de instancia y **b)** la minoración de responsabilidad por dilaciones no justificadas debería trascender en mayor medida a la disminución de la pena imponible, valorando la atenuante ya aplicada como muy justificada.

2.- Ninguna de las dos pretensiones es estimable. La que postula la nulidad del juicio por alejamiento entre el momento de la prueba y su valoración porque la segunda sentencia -dictada en la instancia tras anularse en casación la primera- no implica esa nueva valoración. Lo ordenado fue que el Tribunal reexaminara su argumentación y se modificara de suerte que alcanzara el contenido exigible. Para lo cual no se requiere otra referencia que esa misma primera sentencia y su examen por quien fue autor de la misma.

En cuanto a la mayor minoración de responsabilidad que se postula ha de tenerse en cuenta que, como recordábamos en nuestra Sentencia 122/2012 de 22 de febrero, *"es constante la doctrina de este Tribunal sobre el carácter indeterminado del concepto de dilaciones indebidas y, por ello, la afirmación de que ha de estarse a las circunstancias de cada caso. En la reciente Sentencia de este Tribunal nº 1158/10 de 16 de diciembre, resolviendo el recurso nº 685/2010, dijimos: "...La jurisprudencia ha venido estableciendo, y así se ha reflejado en la Ley Orgánica 5/2010 que modifica el Código Penal de 1995, que el transcurso del tiempo, como dato meramente empírico a describir, debe ser susceptible de ser calificado de **extraordinario**, lo que quiere decir algo más que contrario a la norma. Debe tratarse de algo que no sucede de ordinario por lo que no es común. Ciertamente una tal interpretación puede suponer un cierto reduccionismo sobre interpretaciones más acordes a la dimensión constitucional de la*

garantía o de la establecida en textos internacionales como al Convención europea sobre derechos. Desde esa perspectiva la concurrencia de deficiencias estructurales que expliquen las tardanzas no alcanza a justificar el incumplimiento estatal de dispensar tutela judicial en plazo razonable.

*Pero quizás no sea indiferente que, cuando la reparación exigible por razón de la dilación sea la **disminución de la pena** imponible, las exigencias vayan **más allá de las reclamables cuando se trata de acudir a otros remedios de la vulneración constitucional.***

*Además la tardanza debe poder tildarse de **indebida**. Palabra que debe entenderse en el sentido de injusto o ilícito. Es decir no justificable. Para establecer tal conclusión ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en **cada caso**. Así será indebida si resulta desproporcionada para la complejidad de la causa. Y ésta puede derivar de la multiplicidad de sujetos intervinientes que obliga a la multiplicación de los trámites. O de la dificultad para establecer la estrategia investigadora adecuada. O de otras circunstancias que deberán ser valoradas sin que, como antes dijimos quepa remitirse meramente al transcurso del tiempo.*

*De manera muy concreta, entre esas circunstancias deberá valorarse cual ha sido, no solo el **comportamiento del poder jurisdiccional**, sino el **comportamiento del propio acusado**. Provocando las dilaciones.*

*Y en la Sentencia nº 1124/10 de 23 de Diciembre, resolviendo el recurso nº 1402/2010 dijimos: **Ese derecho al proceso sin dilaciones, viene configurado como la exigencia de que la duración de las actuaciones no exceda de lo prudencial, siempre que no existan razones que lo justifiquen. O que esas propias dilaciones no se produzcan a causa de verdaderas "paralizaciones" del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc. Semejante derecho no debe, así mismo, equipararse a la exigencia de cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos.***

La "dilación indebida" es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (Ss. del TC 133/1988, de 4 de Junio , y del TS de 14 de Noviembre de 1994 , entre otras).

Con los parámetros reportados por esa doctrina, la referencia al caso concreto, que se invoca en este segundo recurso de casación, se centra en la tardanza añadida por la demora en la promulgación de la segunda sentencia. Ciertamente ese poco justificable añadido dilatorio no alcanza sin embargo la entidad suficiente para llegar a hacer inaplicable la medida penológica que el legislador atribuyó a hechos de la gravedad de los enjuiciados, rebajando la pena a un grado inferior.

El motivo se desestima

DECIMOQUINTO.- El octavo motivo se refiere a la vulneración constitucional del derecho a la tutela judicial en cuanto a la falta de motivación de la determinación de la pena por el delito de malversación.

La exclusión de tal imputación deja también sin objeto este motivo.

Y lo mismo ha de decirse en cuanto a igual queja referida al delito de alzamiento de bienes a que se contrae el motivo noveno

Recurso de María del Amor Aldao Muiño

DECIMOSEXTO.- El segundo de los motivos denuncia vulneración de la garantía constitucional de tutela judicial efectiva reprochando a la recurrida la reincidencia en la falta de motivación, que ya determinó la previa declaración de nulidad, reprochándole además el expediente de remisión, en la segunda aquí recurrida, al contenido de la primera sentencia del Tribunal de instancia.

Rechazamos este motivo por los mismo motivos que rechazamos idéntica queja formulada por los anteriores recurrentes.

DECIMOSÉPTIMO.- En el tercero de los motivos la queja, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se refiere a la falta de motivación sobre la valoración de la prueba de descargo. La queja, sin embargo se contrae a un aspecto muy concreto que es el de la relación que justifica los movimientos bancarios que reflejan entregas de dinero por la recurrente al coacusado concejal.

Dada la absolución del delito de cohecho, respecto de la cual nada se pretende en la casación, así como la indiferencia de esos datos a los efectos de los delitos por los cuales se va a interesar la condena en este recurso por el Ministerio Fiscal y la absolución que deriva de la exclusión del delito de malversación, el motivo queda sin objeto.

DECIMOCTAVO.- En el cuarto motivo, también por el cauce del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia en relación a los delitos de malversación y alzamiento de bienes por los que viene condenada.

También la estimación de igual motivo en cuanto al primero y la exclusión de responsabilidad penal por el segundo, por estimación de los anteriores recursos, determinan la estimación de éste dando por reproducidos los argumentos expuestos en los fundamentos jurídicos segundo, décimo y undécimo de esta resolución.

DECIMONOVENO.- Los motivos quinto y octavo presuponen la condena por el delito de malversación –denunciando infracciones de ley en la subsunción del hecho y en la motivación de la pena-. También quedan sin objeto ambos motivos dada la absolución dispuesta respecto de tal delito.

VIGÉSIMO.- El motivo sexto en cuanto denuncia vulneración de ley por subsumir los hechos en el delito de alzamiento de bienes debe ser estimado por las mismas razones que expusimos al estimar igual denuncia formulada por el recurrente D. Joaquín Rabasco Ferreira.

VIGESIMOPRIMERO.- En los motivos primero y séptimo se denuncia, al igual que el recurrente D. Joaquín Rabasco Ferreira, vulneración de la garantía constitucional de un proceso sin dilaciones y la no aplicación de la atenuante correspondiente con grado de muy cualificada.

Nos remitimos a lo dicho en nuestro fundamento jurídico decimocuarto.

Recurso del Ministerio Fiscal

VIGESIMOSEGUNDO.- 1.- En el primero de los motivos denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la no aplicación del tipo penal previsto en el **artículo 441** del Código Penal, imputando la autoría de dicho delito a D. Joaquín Rabasco Ferreira y la responsabilidad penal como cooperadores de los otros dos coacusados. Delito que, afirma, estaría en relación de concurso real con los demás delitos imputados.

El Ministerio Fiscal afirma que esa imputación deriva del relato de hechos probados en los concretos términos en que son así declarados en la sentencia recurrida, de tal suerte que lo único que se denuncia es la incorrecta subsunción reprochando a la sentencia de instancia el error de considerar que la responsabilidad penal por este título quede absorbida por la del delito de malversación.

2.- En efecto, la sentencia de instancia, tras decir que el hecho, que considera en esencia cometido, constituye el delito de malversación (con cita errónea del artículo 431, cuando quiere referirse al 432 del Código Penal) (pág. 49), establece que "naturalmente que posiblemente cumplieran otros tipos de menor gravedad", quizás refiriéndose a que, de lo descrito como hechos probados, pudiera derivarse la posibilidad de calificarlos como constitutivos también de esos otros delitos. Pero califica tal situación de concurso de normas a resolver con los criterios del artículo 8 del Código Penal en sus reglas 3ª y 4ª por estimar que la "extensión del tipo penal" de malversación abarca el "contenido del injusto" de los demás tipos penales "aplicados" (sic) en referencia, hemos de entender, a que fueron objeto de

acusación. Y considera que el delito de malversación impone más grave pena.

Pasa después la sentencia a justificar la exclusión del delito previsto en el artículo 439 del Código Penal. Olvida el Tribunal de instancia que esa imputación, presente en la calificación provisional del Ministerio Fiscal, está ausente en la definitiva. Su argumentación se muestra así ociosa.

3.- Excluida la responsabilidad penal a título de malversación, por estimación de los motivos expuestos en los recursos de casación de los penados, resta determinar si el hecho probado justifica la condena por el título que en su calificación definitiva, y ahora en este motivo, expone el Ministerio Fiscal.

Para ello hemos de valorar si la estimación del recurso del Ministerio Fiscal, dada la situación de absuelto de los acusados por tal delito, es compatible con el derecho a un proceso con todas las garantías y con el derecho de defensa.

Al respecto hemos de partir de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre tales garantías que resume la Sentencia de dicho Tribunal nº 153/2011, de 17 de octubre de 2011. El derecho a un proceso con todas las garantías prohíbe que *se condene a quien había sido absuelto en la instancia como consecuencia de una **nueva fijación de los hechos probados** que encuentre su origen en la **reconsideración de pruebas** cuya correcta y adecuada **apreciación exige necesariamente que se practiquen a presencia del órgano judicial que las valora***. En la medida que el recurso del Ministerio Fiscal nos propone que mantengamos intacta la declaración de hechos probados, tal objeción resulta superada.

Ciertamente la estimación de los recursos interpuestos por las diversas representaciones de los penados ha llevado en buena medida a excluir de la condición de probados gran parte de los que así fueron declarados. Se trata pues de valorar si los que no resultan afectados por tal exclusión justifican la tipificación propuesta en el recurso del Ministerio Fiscal.

Pero es entonces cuando debemos examinar aquella otra garantía insita en el derecho de defensa conforme a la citada doctrina constitucional.

Tal cuestión -dice la citada Sentencia del Tribunal Constitucional- ha sido abordada ya por este Tribunal en un conjunto de sentencias en las cuales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.2 CE, hemos acogido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto. Así, en nuestra reciente STC 45/2011, de 11 de abril, recogíamos por referencia a las SSTC 120/2009, de 18 de mayo, y 184/2009, de 7 de septiembre, la aludida doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recordando que "la exigencia de la garantía de la audiencia del acusado en fase de recurso depende de las características del proceso en su conjunto. Más concretamente, en la STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 53, se destaca que cuando se celebra una audiencia pública en la primera instancia, la omisión del debate en apelación puede estar justificada por las particularidades del procedimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación, la índole de las cuestiones que han de resolverse, el alcance que la decisión del recurso puede tener y la medida en que los intereses del afectado han sido realmente satisfechos y protegidos. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado también que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27), resaltando, además, que tras revocar la absolución dictada en la primera instancia, el pronunciamiento condenatorio requiere que el acusado haya tenido la posibilidad de declarar en defensa de su causa ante el órgano judicial que conoce del recurso, especialmente si se tiene en cuenta el hecho de que éste es el primero en condenarle en el marco de un proceso en el que se decide sobre una acusación en materia penal dirigida contra él (STEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, §§ 58 y 59)."

Pero, matizando esa doctrina también se cuida de advertir que *cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el **núcleo de la discrepancia** entre la Sentencia absolutoria y la condenatoria sea una **cuestión estrictamente jurídica**, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado.*

Por ello puede añadir que: *De acuerdo con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, **es indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación "no se ha limitado a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del juez a quo en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que ha efectuado una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los ha reconsiderado, cuestión que se extiende más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas"** (STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36). De donde se extrae la conclusión de que dicha audiencia pública no es necesaria cuando el Tribunal ad quem se limita a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior.*

4.- Tal como dejamos avanzado, al rechazar el recurso del penado D. Joaquín Rabasco Ferreira, en los motivos que denunciaban vulneración del derecho a la tutela judicial y presunción de inocencia (Fundamentos jurídicos noveno 3 y 5), el hecho probado, adecuado a las exigencias de tales garantías constitucionales, proclama probado en lo esencial el apartado A) de la acusación pública. Así establece que D. Joaquín Rabasco Ferreira ejercía funciones de Concejal, con competencias, al menos en Deportes, en cuyo ejercicio llegó a proponer en uno de febrero de 2000 la celebración de un certamen deportivo y visó el pago de facturas a la entidad Majo Sport SL, al mismo tiempo era apoderado de esta sociedad Majo Sport SL, la cual obtuvo la adjudicación del evento propuesto por el acusado, desempeñando su gestión de hecho ya que la administradora única de la misma era persona vinculada tanto por relaciones de amistad como incluso de dependencia como secretaria del mismo en el ámbito privado.

Y para reflejar la participación de D^a María del Amor, la sentencia declara probado que ésta, conforme a lo acordado con D. Joaquín Rabasco

Ferreira, no solamente accedió a la constitución de varias sociedades, sino que en el caso de Majo Sport otorgó los más amplios poderes a favor de D. Joaquín Rabasco Ferreira el mismo día de la constitución de la sociedad.

Ciertamente aunque ese hecho probado subraya que D. Joaquín Rabasco Ferreira, *además* de simultanear la actividad pública con la privada, participó en el concreto negocio privado en el que también intervino por su condición de Concejal, es lo cierto que, excluida la acusación por el artículo 439 del Código Penal para limitarla a la imputación del tipo del artículo 441 del Código Penal, esa circunstancia carece en este apartado de interés, por ser irrelevante para tipificar los hechos conforme a dicho precepto.

Sin embargo resulta obligado recordar, como dejamos expuesto en el fundamento jurídico cuarto. 3 que la referencia en el hecho declarado probado a la participación del Sr. Alcalde apenas se limita a afirmar un pacto político de apoyo con la organización del concejal acusado y a que el Alcalde delegó determinadas funciones en éste.

5.- Conforme a la doctrina constitucional citada, ningún obstáculo existe para, en este ámbito de la casación, realizar exclusivamente la valoración jurídica acerca de la tipicidad e imputación de responsabilidad penal por el concreto hecho, tal como viene exactamente descrito en la sentencia recurrida. Y ello por referencia al concreto tipo penal invocado por la acusación pública. Es decir la negociación prohibida en el artículo 441 del Código Penal.

Este tipo penal es un delito especial propio cuya autoría queda restringida a quien tiene la condición de Autoridad o funcionario público y que, por razón de dicho cargo, ponga en peligro concreto el bien jurídico de la imparcialidad al intervenir en asuntos determinados o bien resulte un peligro abstracto para dicho bien porque el funcionario estuviera destinado o dependa del centro directivo u oficina en que aquellos asuntos se "tramiten, informen o resuelvan". Se trata de un delito de mero peligro que no requiere la lesión de ese bien jurídico. Y, menos aún, de otros bienes jurídicos como la indemnidad del patrimonio público.

El comportamiento tipificado consiste en el desarrollo, por sí o por persona interpuesta, de actividades profesionales o de asesoramiento, precisamente en esos mismos determinados asuntos y lo haga "bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares". Sin que la antijuridicidad de tal incompatibilidad resulte excluida en virtud de alguna Ley o Reglamento.

El tipo no exige la producción de ningún resultado, salvo que por tal se tenga la producción de aquel peligro, quedando consumado desde el momento de realización de tal actividad. Por ello no requiere ni la obtención de beneficios económicos en el sujeto activo ni que se deriven perjuicios para la Administración en la que está encuadrada su función. Menos aún se exige perjuicio para terceros.

Pues bien, la descripción del hecho probado, cuando en sus páginas once a catorce -recibiendo el hecho imputado en el apartado A de la conclusión primera de la acusación pública-, además de otros datos innecesarios, recoge que D. Joaquín Rabasco Ferreira desempeñaba simultáneamente las actividades públicas y privadas que describe, deja establecido el total supuesto fáctico del citado delito.

En efecto aquella actividad privada, profesional, como apoderado y gestor de la sociedad Majo Sport SL, recaía en asuntos en los que había de intervenir por su responsabilidad política y que, en todo caso, se tramitaban en la entidad pública de la que dependía como miembro de la Corporación.

La absolución por el delito de malversación aleja cualquier cuestión concerniente a la eventual existencia, o exclusión, de un concurso de normas. Lo que elimina el obstáculo puesto en la recurrida para la punición por este otro delito de negociaciones prohibidas.

6.- En cuanto a las personas criminalmente responsables ninguna duda cabe suscitar en cuanto al acusado D. Joaquín Rabasco Ferreira. Al mismo se atribuye la directa materialización de los actos típicos que hemos indicado.

La cuestión se suscita en orden a establecer la posibilidad de participación en el delito de personas en las que no concurre la condición del sujeto especial indicado en el tipo penal.

Con carácter general hemos de convenir en que la imputación de responsabilidad penal a un primer sujeto por los actos que otro segundo ejecuta en el ámbito de su autoresponsabilidad exige que, respecto del comportamiento del primero, pueda predicarse algo más que la mera condición de favorecedores del adoptado por el autor del delito. Incluso si el primero es consciente de esa eventualidad de favorecimiento. De otra suerte se extralimitaría el ámbito de mínima intervención del Derecho penal. Y ello porque actos neutrales, de los que tal favorecimiento puede predicarse sin esfuerzo, vendrían a ser sancionados de manera no justificada con intolerables restricciones de la libertad de actuación de los ciudadanos.

Para que, desde el acto del autor material, se pueda *regresar* al acto de quien no lo es, hasta el punto de erigirlo en *partícipe* del delito de ese otro, es necesario un juicio normativo, una valoración más allá de la descripción empírica. Los criterios para tal valoración son objeto de discusión doctrinal que no nos corresponde aquí zanjar.

La existencia de una finalidad objetiva del comportamiento del supuesto partícipe, diversa de la decisión delictiva del autor material, no ofrece sin embargo la inequívocidad suficiente para resolver cada caso. En principio, no parece que puede tenerse por justo imponer a cada ciudadano la responsabilidad de determinarse en su comportamiento en función de su previsión del comportamiento que pueda adoptar otro sujeto, en el ámbito de su autonomía. Por el contrario, cuando el primero aparece preocupado por un deber específico respecto a las circunstancias del caso, habrá de valorarse si su conducta –omisiva o activa- justifica considerarle partícipe criminalmente del delito que comete el otro.

Ahora bien, para que la infracción de ese deber lleve a imputar al partícipe por no haber impedido la comisión del delito del otro, ha de estarse al canon que establece el artículo 11 de nuestro Código Penal, que con acierto invoca el acusado D- Lluç Tomás Munar. Aquel juicio normativo requiere que exista ese deber específico de actuar y que su

infracción *sea equiparable según el sentido de la ley* a la comisión activa del delito. Pero, en todo caso, aún antes, ha de concurrir un presupuesto típico: que el delito del que se determina la responsabilidad sea de la categoría de los **delitos de resultado**. Ninguna de esas circunstancias concurre cuando del delito del artículo 441 del Código Penal se trata, y, además, **no puede tampoco predicarse un deber específico del Alcalde dirigido a evitar actividades privadas** del sujeto al que atribuye la condición de delegado de determinadas funciones.

Si, por razones diferentes de la infracción del deber de garante al que acabamos de referirnos, se pretendiera justificar el regreso al comportamiento del Alcalde para imputarle el delito constituido por el ejercicio de actividades privadas del Concejal, habría de acreditarse como probado que la conducta que, en la actuación de su autónoma responsabilidad, adoptó dicho Alcalde estaba determinada, de manera inequívoca en el caso concreto, por el designio de hacer posible el acto del otro (cooperación necesaria) o favorecer accesoriamente, con medios fungibles, dicho acto ajeno (complicidad).

Ya hemos dejado expuesto como el hecho probado, y más abiertamente la fundamentación jurídica con alcance descriptivo, excluyen que este acusado tuviera protagonismo alguno en la estrategia delictiva de sus coacusados, al menos inicialmente. Y, además, en todo caso, dada la naturaleza del acto constitutivo del tipo penal imputado, el desarrollo de esas actividades privadas del sujeto activo queda fuera de cualquier posible interferencia o aportación determinante del Alcalde.

Finalmente, la previa absolución del Alcalde por este delito exigiría para imponerle la responsabilidad penal como cooperador, una reelaboración del hecho probado que, conforme a la doctrina constitucional antes expuesta, es incompatible con las exigencias del derecho de defensa en el ámbito de esta casación en la que dicho acusado no pudo ser oído personalmente.

Por ello hemos de rechazar el motivo en cuanto solicita la condena de este acusado.

7.- Por el contrario los actos que se declaran probados respecto de la coacusada D^a María del Amor resultan de una disponibilidad que solamente ella controla. Es ella la que, confiriendo el apoderamiento formal, o inhibiéndose de hecho ante la gestión que efectivamente llevaba a cabo D. Joaquín Rabasco Ferreira, hizo posible el desenvolvimiento por éste de la actividad profesional que constituye el tipo penal.

Por ello, hemos de estimar el motivo en cuanto a tal acusada, con las consecuencias que fijaremos en la sentencia que dictaremos a continuación de esta de casación.

VIGESIMOTERCERO.- En el segundo de los motivos denuncia, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la no aplicación del tipo penal previsto en el **artículo 436 del Código Penal** (que no 439, como postulaba sólo provisionalmente en la instancia) imputando la autoría de dicho delito D. Joaquín Rabasco Ferreira y la responsabilidad penal como cooperadores de los otros dos coacusados. Delito que, afirma, estaría en relación de concurso medial con los demás delitos imputados.

El Ministerio Fiscal afirma también en este caso que esa imputación deriva del relato de hechos probados en los concretos términos en que son así declarados en la sentencia recurrida, de tal suerte que lo único que se denuncia es la incorrecta subsunción reprochando a la sentencia de instancia el error de considerar que la responsabilidad penal por este título quede absorbida por la del delito de malversación.

2.- Reiterando una advertencia anterior, cabe subrayar otra vez que la exclusión de condena por este título no aparece de manera específica en la sentencia recurrida, atenta solamente a una ya abandonada acusación por el tipo penal del artículo 439 del Código Penal, a lo sumo cabe recordar que en el inciso final del séptimo fundamento jurídico la Sala de instancia afirma *"Naturalmente que pudieron existir negociaciones prohibidas, conciertos para defraudar, sin embargo no pasaban de ser elementos necesarios para la comisión del delito principal"*. Sin que, por otra parte, muestre la más mínima preocupación por justificar que la relación medial necesaria entre dos infracciones no reciba el tratamiento del artículo 77 del Código Penal sino que merezca, en el parecer del Tribunal de instancia, el tratamiento del concurso de normas.

3.- Tal como dejamos avanzado, al rechazar el recurso del penado D. Joaquín Rabasco Ferreira, en los motivos que denunciaban vulneración del derecho a la tutela judicial y presunción de inocencia (Fundamentos jurídicos noveno. 4 y 5 y décimo 4). El concierto para el fraude tiene como hecho base alegado para justificar la imputación el comienzo del apartado C de la acusación pública. En la sentencia ese dato histórico se recoge en las páginas 16 y siguientes. Siquiera estrictamente referidos al concierto los hechos se limitan a las siguientes afirmaciones, ya antes expuestas: **a)** el concierto entre D. Joaquín Rabasco Ferreira y D^a María del Amor Aldao Muiño "con la finalidad de aprovecharse de la condición de concejal de aquél" para contratar con el Ayuntamiento con beneficio de aquéllos y perjuicio de éste; **b)** ejecución de tal acuerdo lo fue la constitución de las sociedades que se dicen y **c)** "para dicha finalidad contaban con la colaboración necesaria" del Alcalde acusado.

Los demás hechos probados lo que hacen es exponer actuaciones que habrían materializado ese proyecto. La exposición de tales materializaciones viene a justificar en el discurso de la sentencia la base desde la que ésta infiere la existencia de aquel componente subjetivo de la premisa histórica que es la finalidad a la que se dirige la constitución de las sociedades. El acto fundacional no es discutido.

Como dejamos dicho en aquel lugar, la sentencia de instancia realiza las imputaciones con adecuada observancia de las garantías de tutela judicial, en cuanto a la motivación y presunción de inocencia en cuanto a disposición de bagaje probatorio lícito suficiente.

Asimismo, en cuanto a la actuación del Concejal y la coacusada, afirmábamos la existencia de un proyecto, compartido por ambos, de facilitar el acceso a adjudicaciones de servicios y a la esperanza de obtener así beneficios en cuantía que supondrían para el Ayuntamiento un coste superior al que éste soportaría en oferta más competitiva.

Sin embargo, decíamos en el fundamento jurídico cuarto. 4 que, en lo relativo a la supuesta colaboración del acusado Alcalde Sr Tomas, fue prestada **con posterioridad** al concierto entre los otros dos coacusados, llegando incluso a admitir expresamente la sentencia que el Alcalde "*Lluc*

Tomás ...posiblemente no colaboró en la trama societaria urdida" sino que se vio forzado a darles su apoyo. Es claro que este apoyo advino con posterioridad a la urdidura. Siendo de destacar que la sentencia no proclama expresamente que el Alcalde y los con él acusados pactaran nada respecto a la creación de las sociedades ni previamente a su constitución. Antes bien, dice en su página 39 que "es posible que no planease con el resto de los acusados el plan para lucrarse; quizás se enteró cuando ya estaba en marcha, se lo comunicaron y no lo impidió". La sentencia se limita a decir solamente que, para dar eficacia al pacto político, el Alcalde quiso favorecer a los coacusados. Pero no que ese favorecimiento estuviera comprometido con anterioridad a la constitución de las sociedades.

4.- Por lo anterior, la subsunción de la conducta de D. Joaquín Rabasco Ferreira en el artículo 436 del Código Penal citado es inobjetable.

En lo que afecta a la coacusada D^a María del Amor, conforme a la doctrina que dejamos expuesta en el precedente fundamento jurídico, apartado 6, consideramos que, aún no existiendo ningún deber de impedir la comisión del delito, su contribución se refleja en un comportamiento - pactar con el concejal acusado la constitución de sociedades y la gestión de hecho de ellas por el coacusado- que estaba determinado, de manera inequívoca en el caso concreto, por el designio de hacer posible el acto del otro (cooperación necesaria). Solamente la ausencia en la misma de la calidad exigida al sujeto activo, y la subsiguiente inexistencia de específicas obligaciones derivadas de aquélla, impide su consideración como coautora del citado delito.

Sin embargo en lo que concierne al comportamiento del Alcalde acusado hemos de diferenciar la afirmación de que los coacusados **contasen con su colaboración** como *expectativa* desde la cual se explica que urdieran el conjunto de actos que se les imputan, y otra muy diversa es que aquella fuera fruto de un compromiso expreso del Alcalde.

En cualquier caso la reelaboración de una imputación a este acusado bajo este título de condena, iría más allá de la mera subsunción del hecho declarado probado, aunque solamente fuera porque debería dirimir las incoherentes manifestaciones de la sentencia acerca del papel que le atribuye. Para tal dirimencia, en el sentido que el Ministerio Fiscal propone

en su recurso, atribuyéndole una "participación adhesiva", o, si se quiere, ex post, habría que elaborar una reconstrucción de los hechos probados. Y ésta habría de ser coherente con las expulsiones que hemos hecho al estimar los motivos sobre el delito de malversación. Tales hechos están en íntima relación con aquellos que precisamente el Ministerio Fiscal enuncia como fundamento de esa participación adhesiva. Si no son exactamente los mismos.

Y esa tarea, como notoriamente excedente de la actividad estrictamente jurídica dirigida a revisar la decisión absolutoria del recurrido, resulta vetada en el ámbito de la casación por aplicación de la doctrina constitucional que hemos dejado expuesta en el fundamento jurídico anterior en su apartado 3.

Por tanto, como en el caso del motivo anterior, el motivo debe ser estimado solamente de manera parcial.

VIGESIMOCUARTO.- El tercer motivo del Ministerio Fiscal postula la condena por delito de prevaricación del acusado Alcalde, tipificado en el artículo 404 del Código Penal Es de subrayar, como dejamos antes advertido que esa acusación se mantiene en este recurso solamente en relación a una premisa fáctica acotada. El relato entrecomillado que se recoge como expuesto en el folio 23 de la sentencia, con un añadido respecto de lo descrito en el folio 28 de aquélla.

Respecto a tal enunciado fáctico de la sentencia de instancia hemos dejado expuesto en el fundamento jurídico cuarto apartado que la imputación buscaba fundarse en cinco concretos particulares: **a)** adjudicación a Retsar Musica pese a que las celebraciones del año 2000 se habían **adjudicado a Majo Sport**; **b) irregularidad** en el procedimiento seguido al efecto (forma verbal y sin reserva de crédito); **c)** aprobación del gasto por **Decreto de 12-12-2000**; **d) Decreto adjudicando contrato en agosto de 2001** pese a informe contrario del Intervención de fecha 6.8.2001 y, **e)** finalmente (pág. 28 de la sentencia), falta de constancia de propuesta al Pleno de aprobación de pagos ordenados pese a mediar **reparos**.

Y concluíamos que esos datos quedaban desvirtuados por las razones allí expuestas y que damos por reproducidos.

Lo que basta para rechazar el motivo. Sin necesidad de recordar la falta de todo discurso sobre tal imputación en la sentencia de instancia que obligaría a su formulación ex novo en este ámbito de la casación de manera vetada por la doctrina constitucional ya indicada relativa a las exigencias derivadas del derecho de defensa.

VIGESIMOQUINTO.- El motivo cuarto del Ministerio Fiscal postula la consideración como delito continuado del delito de malversación, por el que se condena en la instancia.

La estimación del recurso de los penados deja este motivo sin objeto.

VIGESIMOSEXTO.- La estimación parcial de los recursos determina la declaración de oficio de las costas conforme a lo dispuesto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuestos por **LLUC TOMÁS MUNAR** y declaramos **HABER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos interpuestos por **JOAQUÍN RABASCO FERREIRA, MARÍA DEL AMOR ALDAO MUIÑO**, así como el del **MINISTERIO FISCAL**, todos ellos contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la **Audiencia Provincial de Baleares** con fecha **24 de noviembre de 2010**, en causa seguida por delitos de negociaciones prohibidas a autoridades y funcionarios públicos, cohecho, defraudación a la administración en concurso medial con uso de información privilegiada, tráfico de influencias, prevaricación continuada, y alzamiento de bienes. **Sentencia que casamos y dejamos sin efecto** para ser sustituida por la que se dicta a continuación. Todo ello con declaración de oficio de las costas derivadas de los presentes recursos de casación.

Comuníquese dicha resolución y la que se dicte a continuación a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Diego Ramos Gancedo

835/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro

Vista: 08/03/2012

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 199/2012

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Luciano Varela Castro
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil doce.

En la causa rollo nº 77/07 seguida por la Sección Segunda de la **Audiencia Provincial de Baleares**, dimanante del Procedimiento

Abreviado nº 5717/01, incoado por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Palma de Mallorca, por delitos de negociaciones prohibidas a autoridades y funcionarios públicos, cohecho, defraudación a la administración en concurso medial con uso de información privilegiada, tráfico de influencias, prevaricación continuada, y alzamiento de bienes, contra **JOAQUÍN RABASCO FERREIRA** con DNI nº **75.667.644-J**, nacido en Iznájar (Córdoba) el 18 de febrero de 1952 hijo de Francisco y de Elena, **MARÍA DEL AMOR ALDAO MUIÑO** con DNI nº **32.431.319-P**, nacida en La Coruña el 5 de marzo de 1958, hija de Pastor y de María y contra **LLUC TOMÁS MUNAR**, con DNI nº **41.373.278-G**, nacido en Lluçmajor (Baleares) el 4 de febrero de 1948, hijo de Sebastián y de Juana Ana, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha **24 de noviembre de 2010**, que ha sido recurrida en casación por los procesados y por el Ministerio Fiscal, y ha sido **casada y anulada** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen. Ha sido Magistrado Ponente D. Luciano Varela Castro.

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- De la prueba practicada, y en lo que interesa a los fines de esta decisión, derivan como **hechos probados** que aquí **se aceptan y declaran los siguientes:**

1.- Interesándole al Alcalde D. Lluç Tomás Munar el voto favorable de los concejales obtenidos por la Agrupación Social Independiente, pactó con su presidente y regidor electo Joaquín Rabasco Ferreira un plan de gobernabilidad municipal, cuyo contenido exacto se desconoce. Este, junto con su secretaria y compañera sentimental urdieron las siguientes operaciones:

D^a María del Amor Aldao Muiño, mayor de edad, en tanto que nacida el 5 de marzo de 1.958, sin antecedentes penales, y en situación de libertad provisional de la que no ha estado privada, en fecha 14-12-1.999, constituyó por escritura pública (con número de protocolo 1.846) ante el notario D. Andrés Isern Estela, la sociedad Majo Sport S.L.; el mismo día de su constitución, a inmediata continuación, la denunciada en otra escritura pública (con número de protocolo 1.847) y ante el mismo

fedatario, otorgó al acusado D. Joaquín Rabasco amplios poderes sobre la misma, que le permitían administrar, contratar, disponer e incluso representar en juicio a Majo Esport, sabiendo que conforme a sus estatutos, no podía ser nombrado, puesto que el artículo 21 de los mismos señalaba que no podían ser administradores: 6º.- "los funcionarios al servicio de la administración con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de esta sociedad".

El apoderado era al mismo tiempo concejal del Ayuntamiento de Lluçmajor desde 1.987, Segundo Teniente de Alcalde por Decreto de Alcaldía de 8-7-1.999 y Alcalde Delegado de S'Arenal también por decreto de Alcaldía de 14-7-1.999 y ejercía sus funciones de informar, proponer, votar y decidir al menos en materia de deportes, hechos todos ellos que conocía perfectamente la imputada D^a María del Amor Aldao, que a la sazón era secretaria personal de la Agrupación Social Independiente presidida por aquél, por lo que era evidente la incompatibilidad con el amplio objeto social de su empresa y con la posibilidad de contratar con el Ayuntamiento de Lluçmajor.

El nombrado apoderado de Majo Sport S.L., también estaba autorizado por decreto del Alcalde de fecha 13 de febrero de 1.996, para el manejo de fondos de la cuenta corriente de la Banca March con número 11481.011.1 de la sucursal 014 de Lluçmajor y cuya denominación era Ajuntament de Lluçmajor - Juventud y Deportes -Festejos- Ferias- Gastos a Justificar.ç

D. Joaquín Rabasco Ferreira, mayor de edad, por cuanto nacido el 18 de febrero de 1.952, cuyos antecedentes penales se desconocen, y en situación de libertad de la que no ha estado privado, aceptó el nombramiento y, pese a ello, siguió ejercitando funciones municipales incompatibles con su nuevo apoderamiento. Así, en fecha 10 de febrero del 2.000, y mientras era apoderado de dicha mercantil, ejerciendo las funciones de concejal y teniente de Alcalde de Lluçmajor, propuso la celebración de un certamen deportivo, amén de la cuantía del presupuesto y que el mismo se adjudicase a la empresa de la que era apoderado y con la que mantenía estrecha conexión.

En dicho acto administrativo, infringía las normas de prohibición e incapacidad para contratar con la administración pública, puesto que existía relación de amistad íntima entre la administradora de la sociedad, aparte que el hecho de que el concejal fuera apoderado de la misma, hacía que ésta sociedad incurriera en la prohibición legal de contratar con el

Ayuntamiento tal como establece el artículo 20.e) de la Ley 13/1995 vigente al tiempo de los hechos (y que coincide con el 20.e) del RDL 2/2000 que le sustituyó).

El concejal acusado realizó la propuesta y anotó que de manera urgente se redactara el decreto y se pasara a la firma del Alcalde, cosa que realizó el también acusado y Alcalde D. Lluc Tomás, el día 2-2-2.000.

Del mismo modo, el concejal Rabasco intervino firmando y autorizando el pago de facturas en favor de la sociedad que administraba, y así, autorizó con su firma la corrección de los servicios prestados en las facturas de los folios 508, 511, 514, 517 y 556, todas ellas relativas a pagos a favor de Majo Sport S.L.

Durante las fechas en que el acusado administraba esta sociedad, que contrataba con el Ayuntamiento, al mismo tiempo mantenía y utilizaba su firma en la cuenta municipal dedicada a festejos, al mismo tiempo abrió la cuenta corriente número 2090.6409.91.0040057139 a nombre de Majo Sport S.L., quedando como única persona autorizada para el manejo de los fondos de la misma, estando por tanto simultáneamente autorizado en cuentas municipales y de la sociedad Majo Sport.- Al mismo tiempo era el concejal Rabasco quien pagaba el alquiler del domicilio social de Majo Sport S.L., que constituía también la sede de su partido político A.S.I. (Agrupación Social Independiente). Gran parte de los contratos realizados entre la corporación municipal y Majo Sport S.L., tenían como finalidad la realización de actuaciones en El Arenal y otras urbanizaciones cercanas, vgr.; el Certamen de Taekwondo.

2.- D. Joaquín Rabasco se concertó con D^a María del Amor Aldao y con su ayuda creó un entramado de sociedades con la finalidad de aprovecharse de su condición de concejal y de la influencia necesaria de su agrupación, para de este modo, contratar ventajosamente con el Ayuntamiento de Lluçmajor con beneficio propio y perjuicio para aquel. Con dicha finalidad crearon las sociedades Majo Sport S.L., Tenedi Ambiente S.L., Retsar Nusic S.L. y Rodema Swin S.L. teniendo todas ellas el mismo fin social y diversos domicilios a fin de que no se observara una identidad de postores cuando concurrían a una licitación con la administración local. La pretensión de dichos acusados era que a las cuatro sociedades les fueran adjudicados diversos contratos por parte del ayuntamiento sin hubiera posibilidad de concurrencia de otras empresas. El propio concejal D. Joaquín Rabasco intervino en la obtención de

locales para esas empresas, en el diseño de las operaciones y en la propia gestión de las sociedades. La adjudicación de los contratos de servicios se pretendía en condiciones de beneficio máximo para las empresas y con un coste superior al habitual de mercado para la administración municipal, en beneficio propio.

3.- Los acusados D^a María del Amor Aldao Muiño y D. Joaquín Rabasco Ferreira, llevaron a efecto, una serie reintegros y desinversiones, sin que conste acreditado el destino dado en definitiva a dichos fondos ni que la finalidad fuera obstaculizar la eventual exacción de responsabilidades civiles derivadas de sus eventuales responsabilidades penales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1.- Por las razones expuestas en la sentencia de casación los hechos declarados ahora probados bajo el número uno, son constitutivos del delito previsto y penado en el artículo 441 del Código Penal.

Del citado delito son criminalmente responsables en concepto de autor el acusado D. Joaquín Rabasco Ferreira y como cooperadora necesaria la acusada D^a Maria del Amor Aldao Muiño.

No se derivan méritos para considerar criminalmente responsable del citado delito al acusado D. Lluç Tomás Munar.

2.- Por las razones que también se dejaron expuestas en la sentencia precedente de casación, los hechos que se declaran ahora probados bajo el ordinal dos son constitutivos del delito previsto y penado en el artículo 436 del Código Penal.

Del citado delito son criminalmente responsables en concepto de autor el acusado D. Joaquín Rabasco Ferreira y como cooperadora necesaria la acusada D^a Maria del Amor Aldao Muiño.

No se derivan méritos para considerar criminalmente responsable del citado delito al acusado D. Lluç Tomás Munar.

3.- De los citados hechos no se derivan méritos para estimar cometidos ni el delito de malversación ni el delito de alzamiento de bienes, por lo que procede la absolución de los acusados que venían penados por dichos delitos.

4.- Concorre respeto de los delitos, cuya comisión se estima, la atenuante de dilaciones indebidas con carácter ordinario, tal como se deja expuesto en la sentencia de casación.

Por aplicación del artículo 66.1ª del Código Penal procede imponer la pena prevista para el tipo en su mitad inferior al acusado D. Joaquín Rabasco Ferreira, siquiera en la total medida posible dada la entidad del peligro que para los bienes jurídicos supuso la infracción imputada. Respecto de la acusada condenada como cooperadora necesaria, dada la naturaleza de dicha cooperación, erigida en producción prácticamente bilateral del fraude y la esencialidad de la cooperación para el desempeño de actividades privadas prohibidas en el otro delito, no procede hacer uso de la facultad conferida por el apartado 3 del artículo 65, por lo que no se rebajará en un grado la pena del tipo prevista para el autor. No obstante procede fijar pena de menor entidad que la que imponemos al autor penado.

5.- Dado el tipo penal por el que se impone la condena de los acusados, y la absolución por el delito de malversación, no ha lugar a establecer la obligación de responsabilidad civil, pues la naturaleza de aquellos tipos excluye la vinculación a su consumación de los perjuicios que solamente derivaban del citado delito de malversación.

6.- Los penados deberán satisfacer las costas proporcionales al título de la condena en relación con los delitos objeto de enjuiciamiento. Es decir cada acusado penado deberá satisfacer la mitad de dos octavas partes de las producidas en la instancia.

Por ello

III. FALLO

Que debemos **absolver y absolvemos** a **LLUC TOMÁS MUNAR** de los delitos de negociaciones prohibidas, defraudación, malversación, uso de información privilegiada, tráfico de influencias y prevaricación de los que había sido acusado.

Asimismo debemos **absolver y absolvemos** a **JOAQUÍN RABASCO FERREIRA**.y a **MARÍA DEL AMOR ALDAO MUIÑO** de los delitos de cohecho, uso de información privilegiada, tráfico de influencias, prevaricación y alzamiento de bienes.

Debemos **condenar y condenamos** a **JOAQUÍN RABASCO FERREIRA** como **autor** de un delito de negociaciones prohibidas con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas a la pena de **multa de nueve meses** a razón de **30 euros de cuota diaria** y **DOS años** de **suspensión de todo empleo o cargo público.**

Debemos **condenar y condenamos** a **JOAQUÍN RABASCO FERREIRA** como **autor** de un delito de fraude por funcionario público con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas a la pena de **DOS años** de **prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante OCHO años.**

Debemos **condenar y condenamos** a **MARÍA DEL AMOR ALDAO MUIÑO** como **cooperadora** necesaria de un delito de negociaciones prohibidas con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas a la pena de **multa de seis meses** a razón de **30 euros de cuota diaria** y **UN año** de **suspensión de todo empleo o cargo público.**

Debemos **condenar y condenamos** a **MARÍA DEL AMOR ALDAO MUIÑO** como **cooperadora** necesaria de un delito de fraude por funcionario público con la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas a la pena de **UN año** de **prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público** durante **SEIS años.**

Cada penado satisfará la mitad de la octava parte de las costas de la instancia.

No ha lugar a imponer la obligación de satisfacer responsabilidad civil.

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

D. Joaquín Giménez García

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Luciano Varela Castro

D. Diego Ramos Gancedo

VOTO PARTICULAR que formulan los Excmos. Srs. Don Joaquín Giménez García y Don Andrés Martínez Arrieta, a la Sentencia núm. 199/2012, dictada en el recurso de Casación nº 835/2011.

Con el respeto y consideración a nuestros compañeros expresamos en este Voto las razones de nuestra disensión respecto de la sentencia y que concretamos es la absolución del acusado Lluç Tomás Munar, Alcalde de Lluçmajor, del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos del que venía acusado y del que fue absuelto en la sentencia de instancia, y contra la que el Ministerio público formuló una oposición casacional que, a nuestro juicio, debió ser estimada.

Vaya por delante una consideración general sobre la sentencia objeto de esta casación. Es la segunda que se ha dictado sobre los hechos. La anterior fue anulada por esta Sala (STS 273/2010, de 3 de marzo) "*para que fueran subsanadas las graves deficiencias de motivación*". La segunda, la que es objeto de esta impugnación, presenta igualmente, como ha puesto de manifiesto la Sentencia de la mayoría, graves deficiencias en la motivación que han llevado a esta Sala, en un apartado del que no discrepamos, a absolver al Alcalde acusado del delito de malversación, pues las insuficiencias del relato fáctico y de la motivación han hecho atendible la impugnación formulada por la defensa del Alcalde condenado por ese delito.

Como hemos dicho, nuestra disensión se refiere a la absolución del Alcalde del delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios. La sentencia de instancia no entra en la tipicidad del delito del art. 441 del Código penal, el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, despachando la acusación con una lacónica argumentación en la que si bien afirma que pudieron existir negociaciones prohibidas y conciertos para defraudar, sin embargo, no condena porque esos hechos no pasaban de ser elementos accesorios para la comisión del delito principal. En términos de la sentencia de la instancia, [pag. 49], *"hemos considerado que la extensión de este tipo penal (la malversación) abarcaba el contenido del injusto contenido en los demás"*. Este fundamento de la absolución pone de manifiesto un notorio desconocimiento sobre las normas que rigen los concursos de normas y de delitos.

La Sentencia de la mayoría ha condenado a los coimputados Rabasco y María del Amor Aldao, y en ello coincidimos, como autores de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, sobre la base del hecho probado: el coimputado Rabasco desempeñaba simultáneamente las actividades públicas y privadas que describe y que refieren una actuación de un concejal, funcionario público, que a la vez contrata por sí mismo con empresas que el gerenciaba y en las que participaba con su capital, contraviniendo la normativa sobre incompatibilidades y las más elementales normas éticas dirigidas a evitar la confusión patrimonial entre lo público y lo privado. La Sentencia de la mayoría desestima la impugnación del Ministerio público que respecto al Alcalde formalizó la acusación contra él por este delito y que sostuvo en la impugnación casacional, desde un absoluto respeto al hecho probado, como partícipe necesario en la conducta de los autores directos del hecho de la negociación prohibida a los funcionarios públicos.

Como hemos señalado, la sentencia de la instancia declara como hecho probado elementos fácticos que permiten la subsunción en el delito del art. 441. En el relato fáctico se refiere, respecto al concejal condenado en nuestra Sentencia, que realizó las contrataciones prohibidas por la legislación sobre incompatibilidades y respecto al Alcalde se afirma que esa actividad, típica del delito del art. 441, se realizaba merced a la influencia y capacidad de presión política que el concejal ostentaba sobre

el Alcalde, de manera que siendo el Alcalde el que contrataba al no haber delegado la firma de los contratos a ningún concejal, accedía a las peticiones de contratación que le efectuaba Rabasco, *"colaboraba y consentía en la ejecución de dicho plan a sabiendas del perjuicio para el Ayuntamiento"*. En la sentencia de instancia se relacionan los distintos contratos entre el Ayuntamiento y las empresas participadas y gerenciadas por el concejal condenado. En la fundamentación de dicha sentencia, explicando la subsunción y ampliando ese extremo fáctico se afirma, con respecto al delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios que *"fue el Alcalde el que generó la situación de riesgo al alcanzar un acuerdo de gobernabilidad" con Rabasco. Son sus sociedades a las que se adjudican los contratos ...[pag. 41 de la Sentencia]... "limitándose el Alcalde a firmar, el cual aprueba los contratos pese a las salvedades y reparos previstos por la Intervención"... "tal proceder formaba parte del acuerdo de gobernabilidad, en virtud del cual se facilitaba a las sociedades de Rabasco la contratación con el ayuntamiento con beneficios para las mismas y pérdidas para las arcas municipales"*. En otros términos, el Alcalde, que era quien contrataba, firma los contratos con empresas de Rabasco, a la sazón concejal encargado de deportes y festejos y lo hace con conocimiento de la situación y para facilitar la gobernabilidad municipal bajo su alcalde.

El relato fáctico es expresivo de la utilización por los coimputados Rabasco (concejal) y María del Amor Aldao Muiño de su posición institucional para la realización de negociaciones con el Ayuntamiento al que servía. *"Joaquín Rabasco se concertó con María del Amor Adao y con su ayuda creó un entramado de sociedades con la finalidad de aprovecharse de su condición de concejal y de la influencia necesaria de su agrupación para, de este modo, contratar ventajosamente con el Ayuntamiento de Lluçmajor con beneficio propio"*. [pag. 16, sentencia impugnada]

La situación de ilicitud en la que incurre el concejal Rabasco, venía auspiciada y facilitada por el Alcalde, quien era concedor de la ilicitud penal y participaba en ella a través de un aporte esencial: la firma del contrato. Así lo declara el hecho probado, [pag. 24 de la sentencia], *"El alcalde Lluç Tomás era el competente para autorizar, aprobar y adjudicar el contrato sin que dicha función hubiera sido objeto de delegación"*

alguna...". y "Para dicha finalidad [la perseguida por los coimputados Rabesco y Aldao] contaba con la colaboración necesaria e imprescindible de Lluç Tomás. La cooperación necesaria de éste, la obtenía merced a la influencia y capacidad de presión política que el concejal ostentaba sobre él (el alcalde)". [pag. 16].

La sentencia de la mayoría entiende, no obstante, que no procede la condena por delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios porque la conducta del Alcalde imputado es omisiva y del relato fáctico no resulta una equiparación de la acción con el no impedir porque no es un delito de resultado y porque *"no puede predicarse un deber específico del Alcalde dirigido a evitar actividades privadas del concejal"*.

Aquí radica nuestra disensión. En primer lugar, porque el hecho probado refiere que quien contrataba era el Alcalde, que no había delegado la firma de los contratos, y que los realizó conociendo la actividad ilícita del concejal. Además, si firmó [el Alcalde] fue en pago al apoyo político que le prestaba en el Ayuntamiento. Esa conducta de firmar contratos obviando la legislación sobre compatibilidades, pues conoce el entramado urdido, es una conducta activa, no omisiva porque crea el peligro jurídicamente desaprobado. La propia sentencia lo declara en la motivación: es el Alcalde quien genera el riesgo de una actuación ilícita del Ayuntamiento -conducta activa- que contraviene su deber de servir con objetividad los intereses generales (art. 103 CE). También disentimos de la argumentación de la sentencia cuando refiere que al Alcalde no le incumbe un deber específico de evitar ilegalidades. Creemos, por el contrario, que es una de sus funciones esenciales, la de asegurar el correcto funcionamiento de la administración pública. El Alcalde con su conducta activa, realizó los actos que dieron lugar a la corrupción del concejal en los términos concretados en el art. 441 del Código penal.

Aquí radica nuestra discrepancia con la sentencia de la mayoría. Entendemos que el Alcalde de Lluçmajor debió ser condenado por delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, como partícipe necesario, lo que no comporta una modificación del relato fáctico, como se afirma en la sentencia de la mayoría como obstáculo a la condena desde una interpretación de la STC 153/2011. Como hemos declarado se trata de una subsunción realizada desde el hecho probado y respecto a una subsunción

que el tribunal de instancia tuvo en cuenta, si bien consideró erróneamente absorbidas en el delito de malversación por el que fue condenado y del que, debido a los defectos de la sentencia de instrucción, en esta casación hemos absuelto.

Joaquín Giménez García

Andrés Martínez Arrieta

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

