

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 166/2014

RECURSO CASACION N°:748/2013

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia: 28/02/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

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

Escrito por: IPR

*** Modificación de conclusiones:** como principio general cabe introducir variaciones también fácticas en las definitivas, siempre que se respete la esencialidad de los hechos y sin perjuicio de la facultad de la defensa de solicitar la suspensión (art. 788. 4 LECrim).

***El canon probatorio de una condena penal ("más allá de toda duda razonable")** no se extiende en sus mismos exigentes términos a las cuestiones que solo tienen repercusión en el ámbito de las responsabilidades civiles.

***Funcionario público:** concepto penal autónomo que se construye más sobre la

realidad material que la apariencia formal o externa. Si se dan las condiciones previstas en el art. 24.2 CP se es funcionario público a efectos penales, aunque se

trate de un cargo en una empresa pública sujeta al derecho privado y con forma de Sociedad Anónima.

***Caudales Públicos:** pueden serlo en ciertas condiciones los pertenecientes a empresas públicas, aunque su naturaleza y actividad se rijan por el derecho privado y mercantil. Sociedades mercantiles con capital exclusivamente público pueden

constituir el marco de un delito de malversación de caudales públicos.

***Relaciones entre los delitos de fraude (436) y malversación (432):** posibilidad de concurso real (en su caso, medial).

***Aunque se trate de una empresa pública, si tiene forma societaria mercantil y actúa sometida al Derecho privado, las decisiones adoptadas en su seno no pueden integrar delito de prevaricación pues no estamos ante "asuntos administrativos" .**

***La "recompensa" entregada después del acto del funcionario pero "prometida" "solicitada" o "pactada" antes, era cohecho antecedente (art. 419) y no subsiguiente.**

(art. 425 anterior a la reforma de 2010 que equiparó las penalidades: art. 421).

***Cabe la división bipartita de las multas proporcionales sólo a ciertos efectos (art.**

74.1), pero no para las reglas del art. 66 de las que escapan esas penas pecuniarias,

que, sin embargo, sí son degradables.

Nº: 748/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Fallo: 14/01/2014

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 166/2014

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Perfecto Andrés Ibáñez

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 veintiocho de Febrero de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **DAMIÁN VIDAL**

RODRÍGUEZ, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que condenó al recurrente por los delitos de malversación de caudales públicos, de fraude a la Administración, de prevaricación y de cohecho (del art. 419 del CP), los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García. Estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Caballero Aguado. Siendo parte recurrida Balears Innovacio Telemática, representado por la Procuradora Sra. Díaz Solano. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción núm. Diez de los de Palma de Mallorca instruyó Procedimiento Abreviado con el nº 1355/2008, contra Damián Vidal Rodríguez, Ramón de la Iglesia Vidal, Iván Guardia Hernández, Sebastián Romaguera González, Miguel Simonet Guijon, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que, con fecha catorce de diciembre de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<PRIMERO.- Se declara probado que la empresa Bitel, Balears Innovación Telemática S. A. (en adelante BITEL) se creó a través de la promulgación del Decreto 64/94, de 26 de mayo, de la Conselleria de Economía y Hacienda del Govern Balear, de cuyo tenor resulta que se constituía como adscrita de dicha Conselleria con un capital social de 50.000.000 de pesetas, suscrito en un 51% por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que el titular de la Conselleria de Economía y Hacienda, o la persona en quien éste delegara, representaría a la CAIB en las Juntas Generales de Accionistas que se celebren, y prescribiéndose en el artículo 2 del Decreto que "se aprueban los

estatutos sociales, que se adjuntan como anexo a este Decreto y formando parte integrante del mismo, debiendo la Sociedad Anónima regirse conforme a ellos".

En cumplimiento del anterior decreto se elevaron a escritura pública los estatutos de Bitel el día 2 de julio de 1994 como empresa mixta de capital privado y publico. La anterior situación de empresa mixta, se vio alterada a partir de 21 de julio de 2005, fecha en que Bitel se transformó en empresa con la totalidad del capital público.

Hasta ese día 21 de julio de 2005 hubo diversos cambios en el accionariado, siendo su composición en octubre de 2001 la empresa pública Servicios Ferroviarios de Mallorca (5%) junto con la Comunidad Autónoma (46%), Telefónica (39%) y Sa Nostra (10%).

El 18 de julio de 2003 BITEL fue adscrita como entidad pública a la Conselleria d'Economía, Hisenda i Innwvació, según el punto 2 del artículo único del Decreto 126/2003.

El Presidente del Consejo Admnistrador siempre tenía que ser, según todas las normas (incluidas como tales los Estatutos de Bitel), el Conseller de Economía del Govern Balear.

SEGUNDO.- *Se declara probado que, según el acuerdo del Consejo de gobierno de fecha 9 de marzo publicado en B. O. Illes Balears 12 abril 2001, núm. 44, pág. 5151 "la formalización de un contrato de alta dirección para la cobertura de plazas de Dirección o Gerencia en las Empresas Públicas dependientes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se realizará en lengua catalana y requerirá la intervención previa y el informe favorable de los Consejeros competentes en materia de Hacienda y Presupuestos e Interior".*

En cumplimiento de ello el acusado DAMIAN VIDAL RODRÍGUEZ fue nombrado por el Consejo de Administración de BITEL Director Gerente de esta entidad a propuesta de su Presidente, el Consejero de Economía y Hacienda (acta de fecha 29 de junio de 2003; y ello por sugerencia o imposición del Presidente del Gobierno de la Comunidad.

Damián Vidal Rodríguez tomó posesión del cargo de Director Gerente de BITEL el 13 de septiembre de 2003 y lo fue de modo ininterrumpido hasta el día 30 de julio de 2007 en que fue cesado; durante todo este tiempo Damián Vidal, que era funcionario docente de carrera del cuerpo de profesores titulares de escuela universitaria, adscrito al departamento de Ciencias Matemáticas e Informática de la UIB, permaneció en la Universidad en situación administrativa de servicios especiales, por ocupar el cargo de director gerente de "Bitel Telemática, S.A."

TERCERO.- *Se declara probado que mientras fue Director Gerente de BITEL, Damián Vidal hizo lo siguiente:*

1. *Se benefició de incrementos de nómina injustificados y no autorizados, en la forma que a continuación se explica.*

Como ya se ha apuntado el contrato de Damián Vidal con la empresa BITEL fue firmado el 13 de septiembre de 2.003, en virtud de contrato de trabajo para personal de alta dirección, celebrado al amparo del R.D. 1382/85 de 1 de agosto que regula la relación laboral de alta dirección; se pactó en el mismo una retribución por todos los conceptos de 45.075,90 euros, mas 2.500 euros como plus de dedicación exclusiva distribuida entre los diferentes conceptos salariales; ello no obstante sin justificación, ni autorización del Consejo de Administración, aprovechándose de su condición de Director Gerente, y para lucrarse indebida y personalmente engañó, expresamente a la jefa de personal Doña Raquel Díaz, manifestándole que los incrementos salariales estaban autorizados por el Consejo de administración, y ordenó a los encargados de confección y pago de nóminas el incremento de sus retribuciones salariales en la forma y por los conceptos que a continuación se relacionan.

Año 2003

Cobró dietas a razón de 90,01 € al mes, durante el periodo comprendido entre septiembre y diciembre.

Año 2004.

En el mes de abril cobró una prima de incentivos por importe de 3.000 €.

Entre los meses de octubre y diciembre, cobró en concepto de horas extras un total de 1.925,47 €.

Todos los meses cobró en concepto de dietas la cantidad de 92,35 € mensuales.

Los meses de octubre a diciembre se asignó y cobró 325,08 € en concepto de plus de distancia.

Año 2005.

En el mes de enero, en concepto de incentivos cobró 3.000 €.

En el mes de junio, en concepto de incentivos, cobró 4.500 €.

Entre los meses de abril y junio, en concepto de horas extras se asignó la cantidad de 2.186,48 €.

Durante todos los meses, en concepto de plus de distancia, cobró la cantidad de 1.219,80 €.

Durante todos los meses, en concepto de dietas, cobró la cantidad de 1.149,20 €.

Año 2006.

En el mes de enero, en concepto de gratificación, no consolidable, se asignó 6.000 €.

En el mes de junio, en concepto de gratificación no consolidable, se asignó 6.000 €.

En el mes de diciembre, en concepto de gratificación no consolidable, se asignó 9.000 €.

En los meses de febrero, marzo, abril, junio y julio, en concepto de horas extras cobró un total de 2.925,09 €.

En todos los meses, en concepto de plus de distancia cobró la cantidad de 1.264,92 €.

En todos los meses, en concepto de dietas se asignó la cantidad global de 1.182,02 €.

Año 2007.

En concepto de atrasos correspondientes a los meses de septiembre a diciembre de 2003, cobró la cantidad de 3.599,94 €.

En concepto de atrasos correspondientes a los meses de enero a diciembre de 2004, cobró la cantidad de 12.000 €.

En concepto de atrasos correspondientes a los meses de enero a diciembre de 2005, cobró la cantidad de 12.000 €.

En concepto de atrasos correspondientes a los meses de enero a diciembre de 2006, cobró la cantidad de 12.000 €.

En concepto de atrasos correspondientes a los meses de enero a julio de 2007, cobró la cantidad de 3.833,32 €.

En el mes de enero de 2007, se asignó la cantidad de 7.000 € en concepto de gratificación no consolidable.

En el mes de junio de 2007, se asignó la cantidad de 10.000 € en concepto de gratificación no consolidable.

Entre los meses de abril y julio se asignó un total de 2.000 € en concepto de plus de responsabilidad.

En el mes de enero y julio en concepto de horas extras, cobró un total de 1.903,38 €.

De enero a julio, en concepto de plus de distancia, cobró la suma global de 752,64 €.

En concepto de dietas, todos los meses, se asignó una cantidad global de 705,65 €.

De abril a julio, en concepto de dedicación exclusiva, cobró un total de 1.166,68 €.

Como ya se ha indicado, entre las facultades del Director gerente no estaban el autoaumentarse sus retribuciones, ni concederse anticipos, ni préstamos, ya que dicha atribución correspondía al Consejo de Administración, que en ningún caso concedió dicha autorización, no estando amparadas tampoco las retribuciones que se dirán ni por

convenio, ni por resolución administrativa alguna, ni por el contrato de alta dirección, ni por documentación justificativa alguna.

2. Efectuó, en provecho propio, cargos de compras y servicios particulares en la tarjeta de crédito de BITEL y realizó reintegros en cajeros automáticos con dicha tarjeta que le había sido entregada por la empresa BITEL, y para sufragar los gastos de representación; era la tarjeta de crédito numerada con el 427 3682017510022, y que estaba conectada con la cuenta corriente de la entidad La Caixa nº 2100-4695-39-0200005609.

El acusado aprovechándose de lo anterior, para lucrarse personalmente, usó la tarjeta y cargó en la misma gastos no autorizados, ni que nada tenían que ver con el fin por la que fue entregada la tarjeta; y como se ha dicho igualmente con el mismo ánimo lucrativo hizo suyo dinero de esa cuenta sacándolo en cajeros automáticos a cargo de tal tarjeta.

La relación de cargos indebidos con la tarjeta Visa, que nada tenían que ver con la representación y únicamente obedecían a fines particulares, y de reintegros con dicha tarjeta, fue un total de 36509,19 euros (la práctica totalidad de esa cantidad lo fue en los años 2006 -17.517, 60- y 2007 -18.047,71-); de ese total devolvió, al finalizar su relación laboral, la suma de 12.266 euros, que es la que reclamó el Jefe de Contabilidad por lo que en ese momento se había descubierto; por lo que el importe total de lo no restituido asciende a 24.243,19 euros.

3. Realizó transferencias bancarias no autorizadas.

El acusado Damián Vidal hizo suyos, mediante el ingreso en su cuenta corriente, 36000 euros a través de dos transferencias bancarias de la cuenta de titularidad de Bitel.

La primera transferencia se realizó día 14 de julio de 2006 por un importe de 27.000 euros; trató de ocultar la sustracción mediante el mecanismo formal de autoconcesión de un préstamo, que fue documentado siete días más tarde de su autoconcesión; el préstamo no

fue autorizado por el Consejo de Administración, y no estaba amparado ni por contrato de trabajo, ni por los estatutos ni tampoco por resolución administrativa.

La segunda transferencia se realizó día 6 de octubre de 2006 y por un importe de 9.000 euros.

Para dar cobertura a lo que se viene señalando Damián Vidal contabilizó falsos adelantos a las revistas "Esfera" y "Ejecutivos", simulando falsamente ante el Director Financiero de BITEL haberlo adelantado; y ello con el objetivo de aminorar los gastos personales que obraban en su cuenta, consiguiendo de hecho de esta forma que la liquidación de su cuenta realizada el día 30 de julio de 2007 se rebajase.

Una vez detectada dicha simulación, se realizó nueva liquidación de los gastos personales.

4. *Adquirió la mercantil Hélix Infocom SL como sociedad tapadera para desviar fondos y hacerlos propios, y simuló los procedimientos de contratación.*

En concreto, los acusados Damián Vidal y Sebastián Romaguera con el ánimo de ocultar su participación en una sociedad que se dedicaría con carácter exclusivo contratar con BITEL, adquirieron las participaciones de una sociedad ya inscrita en el Registro, sin que sus nombres aparecieran en el mismo al no inscribirse la compra de las participaciones; la sociedad ya inscrita se denominaba BUPOCYMGO, y estos dos acusados adquirieron el día 25 de octubre de 2006 el cien por cien de sus participaciones, cambiando sus estatutos sociales, en cuanto a denominación, domicilio y administrador; la modificación estatutaria fue realizada el mismo día de la adquisición de las participaciones, circunscribiéndose la modificación al nombre de la sociedad que pasó a ser HELIX INFOCOM SL., al domicilio y al administrador.

Damián Vidal no figuró en la compra de las participaciones, si bien era el tenedor oculto de un cincuenta por cien de las participaciones teniendo a Sebastián Romaguera como testaferro.

Como administrador formal de la sociedad se nombró a Juan Antonio Romaguera Bosch, que fue utilizado como hombre de paja, ya que el administrador de hecho de la sociedad y quien dirigía la misma era Damián Vidal, limitándose la actividad de Sebastián Romaguera a dar cobertura y ocultar la participación de aquel.

Todo ello se hizo con el fin de sortear la prohibición de que Damián Vidal, por el cargo que desempeñaba, pudiese contratar la prestación de servicios con la propia sociedad BITEL.

Una vez establecida la estructura formal de la sociedad Damián Vidal procedió a la adjudicación de numerosos contratos de prestación de servicios en los que Bitel representada por Damián Vidal requería y contrataba los servicios de HELIX INFOCOM, para la redacción de informes y estudios.»

Las formalidades de la contratación administrativa fueron sorteadas mediante la simulación de entrega de presupuestos distintos por Hélix Infocom, Iván Guardia y la mercantil Auditoría Informática Balear S.L., aparentando ser empresas distintas cuando en realidad todas ellas o eran lo mismo o se concertaban para ello.

Auditoría Informática Balear era una entidad instrumental del acusado Iván Guardia.

Los procedimientos administrativos adjudicados por Bitel mediante el uso de esa trama fueron los que a continuación se reseñan.

a. Procedimiento negociado sin publicidad para la realización de un "Plan Director de Gestión de la Calidad de la documentación Electrónica de Bitel. Adaptación a la normativa MOREO", con un presupuesto de 12.000 €.

HELIX INFOCOM S.L., como consecuencia de la adjudicación del procedimiento negociado anterior, presentó a BITEL la factura nº 070101 de fecha 5 de enero de 2007 por importe de 11.964,46 €, Iva incluido, que fue abonada por dicha entidad.

b. Procedimiento negociado sin publicidad para la realización de un "Plan de Criterios de Seguridad de las Aplicaciones utilizadas para el ejercicio de potestades de Bitel", con un presupuesto de 10.000 €.

HELIX INFOCOM S. L. como consecuencia de la adjudicación del procedimiento negociado anterior, presentó a BITEL la factura n° 070103 de fecha 12 de enero de 2007 por importe de 9.858,49 €, Iva incluido, que fue abonada por dicha entidad.

c. Procedimiento negociado sin publicidad para la realización de la "Revisión y adaptación de Bitel a la Ley Orgánica de Protección de Datos", con un presupuesto de 12.000 €.

HELIX INFOCOM S.L., como consecuencia de la adjudicación del procedimiento negociado anterior, presentó a BITEL la factura n° 070102 de fecha 10 de enero de 2007 por importe de 11.760,76 €, Iva incluido, que fue abonada por dicha entidad.

d. Procedimiento negociado sin publicidad para la realización de un "Plan de Definición de la Copias de Seguridad (SNA) de Bitel y su adaptación al estándar SNIA", con un presupuesto de 12.000 €.

HELIX INFOCOM S.L., como consecuencia de la adjudicación del procedimiento negociado anterior, presentó a BITEL la factura n° 070106 de fecha 31 de enero de 2007 por importe de 11.594,14 €, Iva incluido, que fue abonada por dicha entidad.

e. Procedimiento negociado sin publicidad para la realización de un "Plan de Criterios de Normalización de las Aplicaciones Utilizadas para el ejercicio de Potestades de Bitel", con un presupuesto de 10.000 €.

HELIX INFOCOM S.L., como consecuencia de la adjudicación del procedimiento negociado anterior, presentó a BITEL la factura n° 070104 de fecha 19 de enero de 2007 por importe de 9.372,51 €, Iva incluido, que fue abonada por dicha entidad.

f. Procedimiento negociado sin publicidad para la realización de un "Plan de implementación de metodología de control de alertas; plan y

criterios para la implementación de metodología de control de la calidad de la información y una guía para la implementación de metodología de análisis e impacto de incidentes de seguridad", con un presupuesto de 21.000 €.

HELIX INFOCOM S.L., como consecuencia de la adjudicación del procedimiento negociado anterior, presentó a BITEL la factura n° 070601 de fecha 5 de junio de 2007 por importe de 20.211,30 €, Iva incluido, que fue abonada por dicha entidad en fecha 30 de julio de 2007.

g. Procedimiento negociado sin publicidad para la realización de un "Plan director para la elección, despliegue y operación de sistemas de detección de intrusiones; guía para la gestión de incidentes de seguridad; plan y criterios para la elección y gestión de personal responsable de seguridad, y guía para la elaboración del informe de fortalecimiento", con un presupuesto de 12.000 €.

HELIX INFOCOM S.L., como consecuencia de la adjudicación del procedimiento negociado anterior, presentó a BITEL la factura n° 070502 de fecha 24 de junio de 2007 por importe de 11.557,11 €, Iva incluido, que fue abonada por dicha entidad en fecha 30 de julio de 2007.

h. Procedimiento negociado sin publicidad para la realización de un "Documento de adaptación a ISO 15288 en relación a ISM3 TSP-6, de implementación de ciclos de vida en sistemas" con un presupuesto de 12.000 €.

HELIX INFOCOM S.L., como consecuencia de la adjudicación del procedimiento negociado anterior, presentó a BITEL la factura n° 070501 de fecha 8 de mayo de 2007 por importe de 11.847,78 €, Iva incluido, que fue abonada por dicha entidad en fecha 30 de julio de 2007.

i. Procedimiento negociado sin publicidad para la realización de un "Documento de gestión estratégica de la seguridad de la información

en relación con la ISM3 SSP3 de BITEL, y guía de evaluación de productos de la seguridad de las tecnologías de la información", con un presupuesto de 12.000 €.

HELIX INFOCOM S.L., como consecuencia de la adjudicación del procedimiento negociado anterior, presentó a Bitel la factura n° 070402 de fecha 23 de abril de 2007 por importe de 11.551,79 €, Iva incluido, que fue abonada por dicha entidad en fecha 30 de julio de 2007.

j. Procedimiento negociado sin publicidad para la realización de "La adecuación de FOGAIBA a la Ley Orgánica de Protección de Datos", con un presupuesto de 29.990 €.

HELIX INFOCOM S.L., como consecuencia de la adjudicación del procedimiento negociado anterior, presentó a BITEL la factura n° 070401 de fecha 4 de abril de 2007 por importe de 29.506,05 €, Iva incluido, que fue abonada por dicha entidad en fecha 30 de julio de 2007.

La esencia de los informes y servicios eran ficticios, en el sentido de que ningún valor aportaban a BITEL, siendo además puros plagios de publicaciones obtenidas de Internet, de otras administraciones o de particulares, que Damián Vidal se limitaba a copiar y a dar forma.

La contratación de Hélix Infocom solo tenía como fin el lucro personal de los acusados; incluso consta que los últimos cinco teóricos trabajos cobrados por Hélix Infocom SL fueron remunerados y pagados antes de aportar los informes que se facturaban, que sólo fueron entregados una vez descubierta por Bitel la trama.

La cantidad obtenida por este procedimiento asciende a la suma de 139.224,39 euros.

Además también fueron emitidas y cobradas por HELIX INFOCOM las siguientes facturas en el año 2006, que no respondían a ningún trabajo:

a. Factura número v061101 por importe de 28989,06 € y concepto "Captades de projectes de seguretat".

b. Factura número v061001 por importe de 29159,00 € y concepto "Evaluació nivell maduresa seguretat BITEL",

La suma de ambas facturas hace un total de 58.148,06 €.

La total suma pues, de cantidades abonadas a HELIX INFOCOM no correspondientes a trabajos realizados o que los mismos eran absolutamente innecesarios, asciende a 197.372,45 €.

La anterior relación de facturas de los años 2006 y 2007, no habían sido expresamente incluidas en los hechos del escrito de acusación, pero sí fueron incluidas en la responsabilidad civil, y por ello el acusado Sebastián Romaguera había consignado, para entregar a Bitel SA y cubrir las responsabilidades civiles en las que hubiera podido incurrir, la suma 159.756,74 Euros.

5. Damián Vidal simuló procedimientos administrativos de contratación para beneficiar a determinados particulares y entidades mercantiles y obtener así un beneficio propio cobrando comisiones por la adjudicación de dichos contratos.

En concreto, guiado por propio ánimo de lucro, tras la contratación mediante concurso público a la empresa DIANET SL de un contrato cuyo objeto era adecuar a la Comunidad autónoma, y a sus Organismos, a la Ley de Protección de datos, por importe de 271.718,40 Euros, ideó unos contratos absolutamente falsos, en el sentido que nada tenían que ver con la realidad, ya que no respondían, ni a la necesidades de Bitel SA, ni a la consecución y buen fin del contrato con aquella empresa.

Para conseguir sus fines se concertó con los acusados RAMÓN DE LA IGLESIA VIDAL e IVÁN GUARDIA HERNÁNDEZ al objeto de que éstos se hicieran con los contratos de BITEL, referidos nuevamente a servicios informáticos relativos a la protección de datos, percibiendo Damián Vidal a cambio y en concepto de comisión una suma que

variaba entre al 16,5 y el 22,5 por cien de la remuneración percibida por los trabajos teóricamente realizados, tanto si los realizaban de forma personal o a través de la sociedad instrumental Auditoría Informática Balear SI (que ya se ha dicho que era una sociedad instrumental de Iván Guardia).

Todo el trabajo relativo a la Ley de Protección de Datos de la Comunidad Autónoma fue realizado por la empresa Dianet, siendo las labores de Iván Guardia y de Ramón de la Iglesia, y su empresa instrumental Auditoría Informática Balear, absolutamente innecesarias. El objeto del contrato con Dianet viene determinado y pormenorizado en el pliego de prescripciones técnicas y administrativas para el proyecto de Revisión de la adecuación del Gobierno Balear a la Ley Orgánica de Protección de Datos, resultando tener idéntico contenido a los teóricos trabajos realizados por Iván Guardia, Ramón de la Iglesia y su empresa Auditoría Informática Balear (tanto Iván Guardia como Ramón de la Iglesia, reconocieron en juicio que nadie en Bitel sabía el contenido de los mismos, y que ignoraban su utilidad).

Para conseguir sus fines y burlar la Ley de Contratos Iván Guardia, Damián Vidal y Ramón de la Iglesia se pusieron de acuerdo para simular el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma para los negociados sin publicidad, es decir llamamiento y concurrencia de varias empresas, al objeto de que se presentaran presupuestos relativos al servicio interesado.

El llamamiento siempre era a las mismas empresas: Iván Guardia como empresario individual, Ramón de la Iglesia como empresario individual y Auditoría Informática Balear, representada siempre por Iván Guardia; primero se decidía qué empresa sería la adjudicataria, y se presentaban presupuestos amañados al efecto, siendo el más bajo el que de antemano se sabía que se adjudicaría; el adjudicatario abonaba en concepto de comisión a Damián Vidal los antedichos porcentajes que oscilaban entre el 16,5 y el 22,5 por cien de la facturación.

En concreto se adjudicaron así los siguientes contratos:

A Autoría Informática Balear mediante procedimiento negociado sin publicidad uno para la prestación del servicio "Dar continuidad y soporte al Proyecto de revisión de la adecuación del Govern Balear a la Ley Orgánica de protección de datos y asesoramiento a la Gerencia en otros proyectos" con un presupuesto de 30.000 euros; al efecto se presentaron los tres presupuestos (Ramón de la Iglesia uno de 30.624 €, iva incluido; Iván Guardia otro de 32.480 €, iva incluido; e Iván Guardia en nombre de AUDITORIA INFORMATICA BALEAR otro de 28.884 €, iva no incluido, siendo esta última la adjudicataria de este contrato, por lo que y el acusado Iván Guardia emitió contra BITEL la factura nº 1/2005 por importe de 28.884 €, que le fue abonada, y después pagó al acusado Damián Vidal, a consecuencia de dicha adjudicación y como comisión un importe no determinado de dinero, no inferior a 5.280 euros).

Posteriormente, a través del sistema de contratación directa el acusado Damián Vidal adjudicó a Auditoría Informática Balear la realización de la ejecución de la primera parte del "proyecto de concienciación en seguridad" derivado del Plan director de seguridad de la información en FOGAIBA; tras dicha adjudicación, el acusado Iván Guardia, en nombre de Auditoría Informática Balear, emitió contra BITEL la factura nº 01/2007 de fecha 22 de marzo de 2007, por importe de 11.994,40 €, que le fue abonada, pagando después como comisión a Damián Vidal, a consecuencia de dicha adjudicación, un importe no determinado de dinero, no inferior a 2.068 €.

Los trabajos de estos dos últimos contratos sí fueron realizados por la empresa Auditoria Informática Balear, respondiendo a una verdadera necesidad, si bien Damián Vidal incrementó el precio de los mismos con su comisión percibida por ello.

Se siguió otro procedimiento negociado sin publicidad con la finalidad de contratar el servicio consistente en "Dar continuidad y

soporte al proyecto de revisión de la adecuación del Govern Balear a la Ley Orgánica de protección de datos y asesoramiento a la Gerencia", con un presupuesto de 30.000 euros; para ello se presentaron los tres presupuestos (Ramón de la Iglesia uno de 28.136 €, IVA incluido; Iván Guardia otro de 33.384,80 €, iva incluido; y este último en nombre de Auditoría Informática Balear S. L. otro de 30.624 €, iva incluido) ; Ramón de la Iglesia Vidal fue el adjudicatario, de este contrato por el importe del presupuesto presentado y emitió contra BITEL, a consecuencia del mismo, las siguientes facturas:

Factura n° 1/2004 de fecha 1 de octubre de 2004 por importe de 2.933,17 €, y concepto "honorarios devengados de los servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de información y comunicaciones. Pago correspondiente al inicio del proyecto, siendo este el 10% del total contratado".

Factura n° 2/2004 de fecha 28 de noviembre de 2004 por importe de 5.297,68 € y concepto "honorarios devengados de los servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de información y comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente a los meses de octubre y noviembre de 2004".

Factura n° 1/2005 de fecha 28 de enero de 2005 por importe de 5.297,68 € y concepto "honorarios devengados de los servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de información y comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente a los meses de diciembre de 2004 y enero de 2005".

Factura n° 2/2005 de fecha 28 de marzo de 2005 por importe de 5.297,68 € y concepto "honorarios devengados de los servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de información y comunicaciones. Pago correspondiente

a la factura bimensual correspondiente a los meses de febrero y marzo de 2005".

Factura n° 3/2005 de fecha 28 de mayo de 2005 por importe de 5.297,68 € y concepto "honorarios devengados de los servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de información y comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente a los meses de abril y mayo de 2005".

Factura n° 5/2005 de fecha 28 de julio de 2005 por importe de 5.297,68 € y concepto "honorarios devengados de los servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de información y comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente a los meses de junio y julio de 2005".

Factura n° 6/2005 de fecha 10 de octubre de 2005 por importe de 10.443,40 € y concepto "honorarios devengados de los servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de información y comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente a los meses de agosto y septiembre de 2005".

Tras cobrar de BITEL las facturas anteriores, el acusado Ramón de la Iglesia abonó al acusado Damián Vidal en concepto de comisión una cantidad indeterminada de dinero no inferior a 7.954 €.

El importe global de todas las facturas emitidas por el, acusado Ramón de la Iglesia supera con creces el importe del contrato, no obstante fueron abonadas por BITEL por orden expresa del acusado Damián Vidal sin soporte documental alguno que justificase su pago ni procedimiento alguno de contratación.

También se adjudicaron a Iván Guardia los siguientes contratos:

a. Mediante un procedimiento negociado sin publicidad iniciado en diciembre de 2006 para la contratación de un "Estudio de seguridad

interna para BITEL" con un presupuesto de 12.000 euros (a dicho procedimiento se presentaron los siguientes presupuestos: Iván Guardia Hernández, en nombre propio, uno de 10.340 euros; el mismo Iván Guardia, en representación de la mercantil Auditoria Informática Balear S.L., otro presupuesto de 11.900 euros; e Iván Guardia, aparentando que el presupuesto lo presentaba su hermano Alexandre Guardia Hernández, otro por importe de 11.780 euros); siendo adjudicado a Iván Guardia por importe de 10.340 euros.

b. Procedimiento negociado sin publicidad iniciado en diciembre de 2006 para la contratación de un "Estudio de adecuación del FOGAIBA a la Ley Orgánica de Protección de Datos" con un presupuesto de 12.000 euros (a dicho procedimiento se presentaron dos presupuestos: Iván Guardia Hernández, en nombre propio, de 11.994,40 euros; y el mismo, aparentando que el presupuesto lo presentaba su hermano Alexandre Guardia Hernández, otro por un importe no determinado), siendo adjudicado a Iván Guardia Hernández.

c. Procedimiento negociado sin publicidad iniciado en fecha 1 de diciembre de 2004 para la contratación de un "Proyecto de revisión de la adecuación del Govern Balear a la Ley Orgánica de Protección de Datos y asesoramiento a la Gerencia en otros proyectos", sin fijar presupuesto.

A dicho procedimiento se presentaron tres presupuestos (Iván Guardia Hernández, en nombre propio, un presupuesto por importe de 33.014 euros; Ramón de la Iglesia Vidal, en nombre propio, otro por importe de 33.872 euros; e Iván Guardia, en nombre de la mercantil Auditoría Informática Balear S.L., otro por importe de 36.7772 euros); fue adjudicado a Iván Guardia por el importe reseñado en el presupuesto que presentó en nombre propio.

d. Procedimiento negociado sin publicidad iniciado en fecha 2 de agosto de 2004 para la contratación de un "Proyecto de revisión de la adecuación del Govern Balear a la Ley Orgánica de Protección

de Datos y asesoramiento a Gerencia en otros proyectos", sin fijar presupuesto.

A dicho procedimiento se presentaron tres presupuestos (Iván Guardia, en nombre propio, uno por importe de 34.361 euros; Ramón de la Iglesia otro por importe de 36.458 euros; e Iván Guardia, en nombre de Auditoría Informática Balear otro por importe de 35.844 euros); fue adjudicado a Iván Guardia por el importe reseñado en el presupuesto que presentó en nombre propio.

Como consecuencia de esas cuatro últimas contrataciones, además de por otras numerosas contrataciones directas, Iván Guardia presentó y cobró de BITEL las siguientes facturas:

Factura 1/2004 de fecha 1 de octubre de 2004 e importe de 5.866,31 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de contratación y las comunicaciones. Pago correspondiente al inicio del proyecto, siendo este el 10% del total contratado".

Factura 2/2004 de fecha 28 de noviembre de 2004 e importe de 10.559,38 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de contratación y las comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente a los meses de octubre y noviembre de 2004".

Factura 1/2005 de fecha 28 de enero de 2005 e importe de 10.559,38 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de contratación y las comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente a los meses de diciembre de 2004 y enero de 2005".

Factura 2/2005 de fecha 28 de marzo de 2005 e importe de 10.559,38 £ por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de

contratación y las comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente a los meses de febrero y marzo de 2005".

Factura 3/2005 de fecha 28 de mayo de 2005 e importe de 10.559,38 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de contratación y las comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente a los meses de abril y mayo de 2005",

Factura 5/2005 de fecha 28 de julio de 2005 e importe de 10.559,38 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de contratación y las comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente a los meses de junio y julio de 2005".

Factura 6/2005 de fecha 10 de octubre de 2005 e importe de 10.443,40 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de contratación y las comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual correspondiente» a los meses de agosto y septiembre de 2005".

Factura 7/2005 de fecha 11 de noviembre de 2005 de importe de 505, 80 € por el concepto "desplazamiento y gastos fungibles".

Factura 2/2006 de fecha 28 de marzo de 2006 e importe de 10.443,40 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad-' de los sistemas de contratación y las comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual de los meses de enero y febrero de 2006".

Factura 3/2006 de fecha 7 de junio de 2006 e importe de 10.443,40 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de contratación y las comunicaciones. Pago correspondiente a la factura bimensual de los meses de marzo y abril de 2006".

Factura 4/2006 de fecha 7 de junio de 2006 e importe de 5.221,70 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, en el terreno de la seguridad de los sistemas de contratación y las comunicaciones. Pago correspondiente a la factura del mes de mayo de 2006".

Factura 5/2006 de fecha 7 de junio de 2006 e importe de 767, 6 € por el concepto "pago de los gastos derivados de la asistencia a la XVII edición del congreso español de seguridad informática, securmatica 2006".

Factura 6/2006 de fecha 2 de agosto de 2006 e importe de 5.221,70 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática, correspondiente a la extensión de un mes sobre la contratación del soporte y consultoría de la Ley Orgánica de Protección de datos en las Consellerias de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y sus organismos autonómicos durante el mes de junio de 2006".

Factura 7/2006 de fecha 3 de agosto de 2006 e importe de 5.221,70 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática y gestión, correspondientes a la evaluación de viabilidad, planificación y construcción de propuestas de proyectos en el campo de la seguridad informática que BITEL ofrece a petición de diversos órganos autonómicos del Govern Balear, durante el mes de julio de 2006".

Factura 8/2006 de fecha 15 de septiembre de 2006 e importe de 5.221,70 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática y gestión, correspondientes a la evaluación de viabilidad, planificación y construcción de propuestas de proyectos en el campo de la seguridad informática que BITEL ofrece a petición de diversos órganos autonómicos del Govern Balear, durante el mes de agosto de 2006".

Factura 9/2006 de fecha 7 de noviembre de 2006 e importe de 10.443,40 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática correspondientes a la colaboración en la adecuación de

la Ley Orgánica de protección de datos que BITEL ofrece a IB3, durante los meses de septiembre y octubre de 2006".

Factura 1/2007 de fecha 10 de enero de 2007 e importe de 10.443,40 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática correspondientes a la colaboración en la adecuación de la Ley Orgánica de protección de datos que BITEL ofrece a FOGAIBA, durante los meses de noviembre y diciembre de 2006".

Factura 2/2007 de fecha 28 de enero de 2007 e importe de 4.958,27 € por el concepto "supervisión y control en la implementación del plan director de gestión de la calidad en la información y documentación corporativa de BITEL. Adaptación a ISO 15489-2".

Factura 9/2007 de fecha 31 de mayo de 2007 e importe de 5.221,70 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática correspondientes a la coordinación durante el mes de mayo, de los proyectos derivados del plan director de seguridad de la información en BITEL".

Factura 10/2007 de fecha 29- de junio de 2007 e importe de 5.221,70 € por el concepto "servicios profesionales de ingeniería en informática correspondientes a la coordinación durante el mes de mayo, de los proyectos derivados del plan director de seguridad de la información en BITEL".

Tras cobrar de BITEL esas facturas, Iván Guardia abonó a Damián Vidal una cantidad indeterminada de dinero no inferior a 29.688 euros.

Las facturas correspondientes a la adecuación a la LOPD de FOGAIBA e IB3, y numeradas 01/2007 y 09/2006, respectivamente, por importe la primera de 10.443,40 Euros y la segunda de 10.443,40 euros, correspondían a trabajos realmente realizados a excepción de la comisión abonada a Damián Vidal; consecuentemente, la cantidad de modo indebido abonada por BITEL a Iván Guardia ascendió a 127.977,27 euros, resultando además como cantidades defraudadas a

Bitel las cantidades que se abonaron a Damián Vidal, como comisión, de los contratos de IB3 y FOGAIBA.

CUARTO.- El día 30 de marzo de 2012 Damián Vidal consignó, por ingreso en la cuenta de esta Sección Segunda de la Audiencia, la cantidad de cien mil euros (mediante cheque bancario) "al objeto de proceder a su consignación para cubrir las responsabilidades civiles que, en su caso, pudieran declararse respecto del Sr. Vidal por las operaciones llevadas a cabo por la entidad Hélix Infocom S.L., comprometiéndose esta parte a cubrir el eventual exceso si lo hubiere bien a través del aval constituido en el año 2008, bien a través de una nueva consignación, pudiendo, en su consecuencia, liberarse y reintegrarse al Sr. Romaguera la suma que por ese mismo concepto fue por él consignada".

En el año 2008 ya había presentado aval bancario al exigírsele el afianzamiento de las eventuales responsabilidades civiles que se pudieran declarar>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLAMOS.- Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado MIGUEL SIMONET GUIJON del delito de fraude a la Administración que le venía siendo imputado por el Ministerio fiscal y la Acusación Particular en el trámite de conclusiones provisionales, levantando todas las medidas cautelares adoptadas y declarando de oficio una catorceava parte de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado SEBASTIAN ROMAGUERA GONZÁLEZ, como responsable, en calidad de cooperador necesario, de un delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos precedentemente definido, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante de reparación del daño, a la pena de NUEVE MESES de MULTA, con cuota diaria de veinte euros y responsabilidad personal por cada dos

cuotas diarias impagadas y a la de nueve meses de inhabilitación especial para el desempeño de empleo de cargo público; y al pago de una catorceava parte de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado IVAN GUARDIA HERNÁNDEZ, como responsable de un delito de cohecho del entonces vigente artículo 423-2 del Código Penal y de un delito de fraude a la Administración (como cooperador necesario), delitos precedentemente definidos. Con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de colaboración, por el delito de cohecho, a la pena de SEIS MESES de PRISIÓN, que se sustituye por la de DOCE MESES de MULTA con cuota diaria de tres euros, y a la de DIECINUEVE MIL SEISCIENTOS euros de MULTA, sustituible, caso de impago derivado de insolvencia, por dos días de responsabilidad personal; y por el delito de fraude, a la de SEIS MESES de PRISIÓN, que se sustituye por la de DOCE MESES de MULTA, con cuota diaria de tres euros, y a la de UN AÑO de INHABILITACIÓN ESPECIAL para el desempeño de empleo o cargo público; y al pago de dos catorceavas partes de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado RAMÓN DE LA IGLESIA, como responsable de un delito de cohecho del entonces vigente artículo 423.2 del Código Penal y de un delito de fraude a la Administración (como cooperador necesario], delitos precedentemente definidos, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante analógica de colaboración, por el delito de cohecho, a la pena de SEIS MESES de PRISIÓN, que se sustituye por la de DOCE MESES de MULTA con cuota diaria de tres euros, y a la de SEIS MIL TRESCIENTOS euros de MULTA, sustituidle, caso de impago derivado de insolvencia, por dos días de responsabilidad personal; y por el delito de fraude, a la de SEIS MESES de PRISIÓN, que se sustituye por la DOCE MESES de MULTA, con cuota diaria de tres euros, y a la de UN AÑO de INHABILITACIÓN

ESPECIAL para el desempeño de cargo público; y al pago de dos catorceavas partes de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS al acusado DAMIÁN VIDAL RODRÍGUEZ, como autor responsable de los delitos de malversación de caudales públicos, de fraude a la Administración, de prevaricación y de cohecho (del artículo 419 del Código Penal), concurriendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes de reparación parcial del daño y de dilaciones, a las siguientes penas:

1. Por los delitos de malversación y de fraude, a la de TRES AÑOS de PRISIÓN, con la accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y a la de CINCO AÑOS de INHABILITACIÓN ABSOLUTA.

2. Por el delito de prevaricación, a la de CINCO AÑOS de INHABILITACIÓN ESPECIAL para empleo o cargo público.

3. Por el delito de cohecho, a la de DOS AÑOS de PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, a la de SESENTA MIL EUROS de MULTA, con responsabilidad personal subsidiaria, caso de impago derivado de insolvencia, de dos días, y a la de CINCO AÑOS de INHABILITACIÓN ESPECIAL para empleo o cargo público.

Se imponen a este último acusado ocho catorceavas partes de las costas procesales, que incluirán en la misma proporción a las de la Acusación Particular; y la misma extensión proporcional se efectúa respecto de las condenas en costas a los otros acusados.

Por vía de responsabilidad civil Damián Vidal abonará a Bitel la cantidad de 565961,38 euros; de esa cantidad en cuanto a la de 197.372,45, responderá de esta última, por mitad aunque de forma solidaria con Damián Vidal, el acusado Sebastián Romaguera; y la misma responsabilidad solidaria se declara en cuanto a la cantidad de

15.464,90 euros, para el acusado Iván Guardia, y en cuanto a la de 3-986,50 euros, para el acusado Ramón de la Iglesia.

Por la cantidad de 196313,87 se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Auditoria Informática Balear S.L.

Por la referida cantidad de 197372,45 euros se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Hélix Infocom S.L. y se aplicará al pago de la misma la suma de 159.756,74 euros consignada por Sebastián Romaguera, sin perjuicio de las acciones que esta pueda ejercitar contra Damián Vidal.

Para el cumplimiento de todas estas penas que se imponen declaramos de abono todo el tiempo que hayan estado privados de libertad por los hechos objeto de la presente causa, siempre que no les hubiera sido computado o les fuera computable en otra>>.

3.- Con fecha doce de febrero de dos mil trece, se dictó Auto aclaratorio cuya parte dispositiva dice: *"La Sala acuerda: ACLARAR el error material observado en la sentencia nº 117/12 de manera que, en el punto 4 del hecho probado tercero, donde dice "Damián Vidal no figuró en la compra de las participaciones, si bien era el tenedor oculto de un cincuenta por cien de las participaciones teniendo a Sebastián Romaguera como testaferra", debe decir "en la compra de la entidad mercantil BUPOCYMGO SL adquirieron el 50% Damián Vidal Rodríguez y el otro 50% Sebastián Romaguera González".*

NO HABER LUGAR A LA ACLARACIÓN de la sentencia respecto de la alegada omisión de pronunciamiento por no haberle sido aplicada al Sr. Romaguera la atenuante de dilaciones indebidas, según lo expuesto en el razonamiento jurídico segundo del presente auto".

4.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por Damián Vidal Rodríguez, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta

Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Damián Vidal Rodríguez.

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim por vulneración principio acusatorio. **Motivo segundo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 24.1 CE. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim por infracción art. 24.2 CP. **Motivo cuarto y quinto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 24.2 en relación con el delito continuado de malversación de caudales públicos y fraude (**cuarto motivo**), idem en relación con el delito continuado de cohecho del art. 419 CP (**quinto motivo**). **Motivo décimo tercero.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo art. 120.3 CE por falta de motivación de la individualización de las penas. **Motivo sexto.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 432.1 CP. **Motivo séptimo.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 436 CP. **Motivo octavo.-** Por infracción de ley, al amparo de los arts. 419.1 y 425.2 CP. **Motivo noveno.-** Por infracción de ley al amparo del art. 404 CP. **Motivo décimo.-** Por infracción de ley, al amparo de los arts 419.1 CP y 425.2 CP. **Motivo undécimo.-** Por infracción de ley, al amparo de los arts. 21.7ª CP en relación con las circunstancias primera y quinta del mismo art. y art. 66.1ª.2ª CP. **Motivo duodécimo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 66.1.2ª CP.

5.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por el recurrente, **impugnando todos los motivos del recurso**; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

6.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día catorce de enero de dos mil catorce.

7.- Por Auto de fecha veintiocho de enero de dos mil catorce se acordó prorrogar el plazo para dictar sentencia treinta días en atención a la complejidad de la causa y densidad de los motivos entablados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Bajo el paraguas de art. 852 LECrim en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y en un mismo ordinal introduce el recurrente una tríada de líneas argumentativas diferentes aunque con algún denominador común que va más allá de la compartida etiqueta casacional. Considera que se ha lesionado el principio acusatorio y, en definitiva, aunque no se mencione expresamente en la leyenda que encabeza el motivo, su derecho a ser informado de la acusación:

a) En primer lugar, porque las dos acusaciones –pública y particular- introdujeron en el escrito de calificación definitiva hechos que no estaban recogidos en la provisional. Se refiere en concreto a unas facturas que aunque eran tomadas en consideración a efectos de responsabilidad civil, no habían sido evaluadas ni mencionadas desde el punto de vista penal. Se mencionan en el mismo sentido unos falsos anticipos de Damián Vidal a las revistas Esfera y Ejecutivos que habrían servido de tapadera para ocultar disposiciones en beneficio propio. En opinión del recurrente esa modificación de conclusiones no está

autorizada legalmente. La queja fue puesta ya de manifiesto en su escrito de defensa (pág. 24).

b) En segundo lugar, por acoger la sentencia hechos que no estaban incluidos en los escritos de las acusaciones. Esta supuesta irregularidad que se enuncia al comenzar el motivo, sin embargo luego no es objeto de desarrollo específico. En el colofón del motivo se vuelve a hablar de tres patologías. Pero de las descritas en el cuerpo dos de ellas encajan en el apartado anterior. La tercera en el siguiente. No se detecta nada que cuadre con este enunciado. Y un examen más detenido no revela que la sentencia represente mutación fáctica esencial alguna comparada con el definitivo escrito de acusación conjunto.

c) Por fin, por la falta de claridad de las conclusiones acusatorias por incluir un anómalo anexo. Se quiere apoyar esta queja en algunas consideraciones que el Tribunal vierte en la sentencia en las que en efecto se deducen ciertas disfunciones en los escritos de conclusiones y, en particular, en el cuadro en sistema "Excel" con anotaciones y observaciones manuscritas.

El razonamiento minusvalora el sentido de la calificación definitiva, imponiendo unos límites a su alterabilidad que no derivan de la ley. Lo trascendente a efectos de principio acusatorio es lo que se imputa en el momento de la calificación definitiva. La sentencia ha de dar respuesta a las conclusiones definitivas y no a las provisionales. Aquéllas constituyen el instrumento real de la acusación.

Las acusaciones estaban habilitadas para la modificación de conclusiones que efectuaron en ese momento extendiendo la imputación a esa otra cuestión que, por otra parte, desde el punto de vista sustantivo penal no añadía nada de relieve.

La alegación de indefensión del recurrente es teórica y no real; formal, que no material: no detalla qué pruebas concretas hubiese pedido, o qué cuestiones de fondo hubiese podido alegar si hubiese conocido con claridad esos términos desde el principio lo que, dicho sea de paso, no puede dudarse seriamente.

Las acusaciones en el trámite de conclusiones definitivas sin apartarse del objeto de la causa ("los hechos punibles que resulten del sumario") pueden extender, con ciertos límites, la acusación a hechos distintos pero conectados. No sería posible más que con ciertas condiciones más estrictas la introducción de unos hechos nuevos ajenos a la fase de investigación. Pero si se trata de hechos investigados, objeto del proceso y no excluidos del mismo, no hay obstáculo para alteraciones de esa índole. Cosa diferente y complementaria es que ante esa novación o mutación de la pretensión, la defensa pueda activar el mecanismo que el legislador pone en sus manos para evitar, todo atisbo de indefensión: puede solicitar la suspensión para plantear alguna prueba que no hubiese articulado pues se presentaba como innecesaria ante la acusación inicial pero se hace conveniente ante la definitiva; o para disponer del tiempo necesario para preparar la contestación a esa imputación. Hacer uso o no de esa posibilidad entra dentro de las facultades de la defensa. El art. 788.4 LECrim contempla también implícitamente las modificaciones fácticas que pueden ser relevantes. En eso concuerda la doctrina.

El recurrente sostiene que el Fiscal no podía modificar en esos términos su escrito de acusación. No es correcta esa aseveración. No ya solo porque esos hechos estaban de alguna forma recogidos en el escrito inicial como refiere la Audiencia, sino sobre todo porque, aunque no fuese así, no existiría esa prohibición o límite a la mutabilidad de las conclusiones.

SEGUNDO.- Las conclusiones provisionales pueden ser modificadas tras la práctica de la prueba (art.788.3 LECrim). En principio, las partes gozan de la más absoluta libertad para realizar en sus conclusiones las alteraciones que estimen convenientes. Tratándose de las partes activas han de fijarse algunos *límites*. No caben mutaciones tan esenciales que supongan una alteración de los elementos básicos identificadores de la pretensión penal tal y como quedó plasmada provisionalmente en los previos escritos de acusación evacuados en la fase de preparación del juicio oral. La rectificación que aquí se denuncia está muy lejos de representar un cambio sustancial de la pretensión: sus repercusiones civiles ya estaban acogidas; las penales quedan embebidas en el conjunto.

No existe merma ninguna del derecho de defensa, ni se han introducido hechos ausentes en las fases previas del proceso.

La STC 33/2003, de 13 de febrero, que también cita el recurrente, enseña que *“si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que suponga una calificación más grave no lesiona el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación (por todas STC 9/1982, de 10 de marzo). Ahora bien, tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso*

recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues eso puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas, puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicaren que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim). Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria” (art. 746.6 en relación con el art. 747 LECri). Con mayor precisión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, para el procedimiento abreviado (art. 793.7), que “cuando en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas. **En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permite su ejercicio respecto de esos nuevos hechos y su calificación jurídica”.**

Nótese como la sentencia habla también de "hechos nuevos".

El principio general de modificabilidad de las conclusiones provisionales es tópico en la jurisprudencia. Su inalterabilidad vaciaría de contenido el art. 732 y el mismo juicio oral (SSTS de 15 de febrero de 1986; 11 de noviembre y 30 de diciembre de 1992; 1437/1993, de 9 de junio o 1356/1993, de 10 de junio). Esa posibilidad de modificación no es absoluta. La STS de 19 de junio de 1990 dice que la modificación ha de mantenerse «dentro del marco de la acción penal ejercitada». En los mismos términos se pronuncian la SSTS de 14 de abril de 1992 ó 7 de septiembre de 1989. Lo básico, según explica la STS de 18 de noviembre de 1991, es que los hechos nuevos se hayan debatido en el juicio convenientemente y sin sorpresas. Si es así, nada impide su introducción en las conclusiones definitivas (STS 1185/2004 de 22 de octubre).

En la STS de 5 de diciembre de 2005 puede leerse “*...carece de todo fundamento legal y doctrinal la alegación de que la modificación de las conclusiones acusatorias efectuadas en el acto del Juicio Oral, signifique una reducción de los derechos de defensa del acusado. Dicho trámite, como es notorio, está previsto tanto en el art. 732 como en el 793.6 LECrim, y, en términos generales, su inexistencia convertiría poco menos que en inútil toda la actividad procesal que se desarrolla en el acto trascendental del Juicio Oral y que constituye la fase esencial de todo el proceso (véanse, por ejemplo, SSTS de 28 de octubre de 1.997, 12 de enero, 20 de julio, 7 de octubre y 18 de noviembre de 1.998 y, entre las más recientes, 28 de febrero de 2.001). De ahí que en dichas resoluciones se haya mantenido que el verdadero instrumento procesal de la acusación es el escrito de conclusiones definitivas, por lo que la sentencia debe resolver sobre ellas y no sobre las provisionales. El derecho a ser informado de la acusación, junto con la interdicción de la indefensión -S. de esta Sala de 6 de abril de 1.995- suponen, de un lado,*

que el acusado ha de tener pleno conocimiento de la acusación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico, debiendo tener la oportunidad y los medios para defenderse contra ella, y de otro, que el pronunciamiento del Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa. El conocimiento de la acusación se garantiza inicialmente mediante las conclusiones provisionales y, una vez finalizada la actividad probatoria en el acto del juicio oral, mediante las definitivas en las que, naturalmente, se pueden introducir las modificaciones fácticas y jurídicas demandadas por aquella actividad, siempre que se respete la identidad esencial de los hechos que han constituido el objeto del proceso. La posibilidad de que en las conclusiones definitivas de la acusación se operen cambios, incluso relevantes, se deduce con toda claridad del art. 793.7 LECrim, que concede al Juez o Tribunal, "cuando la acusación cambie la tipificación penal de los hechos, o se aprecie un mayor grado de participación o de ejecución, o circunstancias de agravación de la pena", la facultad de "conceder un aplazamiento de la sesión hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes"».

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional encontramos afirmaciones semejantes (STC 20/1987 de 19 de febrero).

La STS 1644/1994, de 14 de septiembre, en pro de esa libertad para modificar arguye que lo decisivo es lo que en definitiva aparece en las conclusiones últimas de las partes. La defensa puede pedir la suspensión al amparo del art. 793.7 LECrim (vigente 788.4º), pero si se aquieta con la modificación sin solicitar la suspensión, no puede luego quejarse de indefensión. En idéntica dirección discurren las SSTS 1259/2000 de 13 de julio, ó 684/2013 de 3 de septiembre de 2013.

TERCERO.- Esos criterios relativamente amplios en lo relativo a la capacidad de modificar la conclusiones por parte de las acusaciones quedan compensados por la facultad de la defensa, reiteradamente aludida en muchos de los pronunciamientos citados, que reconoce el art. 788.4 LECrim. La eventual afectación del derecho de defensa se evita con esa posibilidad de suspensión.

Sirvan como colofón del recorrido jurisprudencial que se acaba de desarrollar unos fragmentos de la STC 40/2004, de 22 de marzo: *"Comenzando por la primera de las vulneraciones denunciadas en ambos recursos de amparo, como recientemente afirmábamos en la STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3, "desde la STC 12/1981, de 12 de abril, este Tribunal ha reconocido que en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo (art. 24.2 CE) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación y que éste se conecta con el derecho de defensa. En concreto, desde entonces hemos declarado que la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que 'sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral', pero también la calificación jurídica, dado que ésta 'no es ajena al debate contradictorio' (FJ 4)".*

Ese derecho a ser informado de la acusación, en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3.a; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2), se convierte en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, del que forma parte esencial el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 3; 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3), pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, SSTC 11/1992, de 27 de

enero, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3).

Por ello, hemos sostenido que una **modificación de los hechos** y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas, puede ocasionar la lesión del derecho de defensa contradictoria, "pues si, como acabamos de recordar, no puede contradecirse lo que se desconoce y la defensa se ejerce primeramente en el juicio oral, el acusado no habrá podido ejercer de forma plena su defensa, respecto de las modificaciones fácticas y jurídicas introducidas en las calificaciones definitivas, al final del juicio oral" (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4).

Ahora bien, como también afirmábamos en esta Sentencia, ha de recordarse que dicha vulneración no se produce con carácter automático por la mera introducción de cualquier modificación en el escrito de calificación definitiva, sino que se requiere que dichas modificaciones sean esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena, porque las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales (por todas, SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FFJJ 4, 5 y 6; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 4/2002, de 14 de enero, FJ 4; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos no esenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas no suponen la vulneración del derecho de defensa (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 4).

E incluso en el supuesto de que se introduzcan modificaciones que incidan sobre elementos esenciales del hecho constitutivo de delito

o que impliquen una nueva calificación jurídica, para declarar vulnerado el derecho de defensa hemos exigido que el acusado ejerza las facultades que le otorga la Ley de enjuiciamiento criminal (arts. 746.6 en relación con el art. 747 y el art. 793.7 LECrim), solicitando la suspensión del juicio, para poder articular debidamente su defensa (SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 16), exigencia que responde a la aplicación de la doctrina general de que la indefensión constitucionalmente proscrita es la que deriva de la actuación del órgano judicial y no la que ocasiona la falta de diligencia procesal de la parte en la defensa de sus intereses (STC 33/2003, FJ 4)”.

El derecho constitucional a ser informado de la acusación como elemento básico del derecho de defensa -sólo hay posibilidades efectivas de defensa si se conocen los hechos de los que se acusa- y la necesidad de conjugarlo con la amplia libertad para modificar las conclusiones imponen esa concesión a la defensa. Si en el acto del juicio oral se modifican los términos de la acusación, se pueden ver afectados ambos derechos de rango constitucional. El acusado ha centrado su defensa en los hechos y calificación realizados en el escrito de acusación proponiendo pruebas dirigidas a rebatir la imputación que se le dirigía entonces, pero no contra la que se puede introducir en el tramo final del juicio por alguna de las partes acusadoras modificando sus iniciales conclusiones. En la reforma de 1988 por la que se introdujo el procedimiento abreviado se abordó directamente este problema con una regulación que inicialmente contenida en el art. 793.7, pasó sustancialmente tras la reforma de 24 de octubre de 2002 al actual art. 788.4.

Para salvaguardar el derecho a ser informado de la acusación y, por ende, el derecho de defensa, se confiere a la defensa, la facultad de

solicitar la suspensión con una doble finalidad: proposición de nuevas pruebas encaminadas a desmontar los nuevos elementos introducidos en las conclusiones de la acusación; o preparación adecuada para rebatir dialécticamente tal acusación. Si el recurrente no la pidió no está legitimado para ahora quejarse de una hipotética y figurada indefensión.

Descendemos al supuesto concreto. En él se puede constatar:

a) Que los hechos por los que ha sido condenado estaban presentes en la causa y en gran medida, con una significación u otra, en los escritos de conclusiones provisionales.

b) Es clara la inclusión de tales hechos en la acusación definitiva. El recurrente que presenta su escrito de conclusiones varios días más tarde (aunque está fechado el mismo día dos de abril se presentó el día 10 siguiente) detecta y denuncia esa alteración: dice que son hechos nuevos y que se trata de una acusación sorpresiva.

c) Ante la legítima modificación de conclusiones se adujo, solo incidentalmente (pág 24) que ciertas facturas no estaban incluidas en el escrito de acusación inicial por lo que era sorpresiva su aparición. Precisamente para vencer esa eventual objeción está previsto el trámite del art. 788. Se dispuso de varios días para preparar tanto las propias conclusiones como el alegato final, conociendo esas conclusiones definitivas. El recurrente prefirió guardarse esa baza defensiva (basada en una figurada indefensión) en lugar de utilizar el remedio que la ley pone en sus manos para eludir la indefensión que aquí está prefabricada y no es real. No se dice qué pruebas serían utilizables para salir al paso de esa inclusión, de trascendencia penal nula; o qué argumentos no pudo preparar; lo que es difícil de aceptar a la vista del tiempo transcurrido desde que conoció la calificación definitiva: más bien parece que estimó,

quizás siguiendo una habilidosa estrategia procesal, que era mejor argumento aducir indefensión *ex post*, antes que utilizar los mecanismos de defensa efectivos que le brinda el ordenamiento (STS 684/2013, de 3 de septiembre) y que no le hubiesen aportado nada.

CUARTO.- Detengámonos ahora en el cuadro añadido a las conclusiones provisionales (a partir del folio 18) donde se recogen informatizadamente una relación de cargos de la tarjeta de crédito. Esa forma de presentación puede ser inhabitual, pero no afecta al derecho de defensa. Se consignan los gastos no justificados que se achacan al recurrente. En el cuadro aparecen las cantidades individuales, los conceptos genéricos y las fechas, allanando así la capacidad de argumentar y probar que esos gastos no se habían efectuado o que obedecían a conceptos justificados y no al puro y desnudo provecho propio. Sustancialmente eso refuerza las posibilidades de defensa, más que menoscabirlas. Incluir el cuadro en las conclusiones indica que las acusaciones asumen esa relación de cargos como injustificados. No hay asomo de indefensión. Lo que era un anexo se ha intercalado sin más en el escrito de conclusiones como además vino a imponer la defensa que repelía que el escrito de acusación contase con un cuadro adjunto. Con eso lo que manifiestan las partes activas es que consideran probada esa relación de gastos ilegítimos cargados por el recurrente con la tarjeta VISA que tenía asignada. Una vez anexado el cuadro, el escrito de acusación aclara su significado. Queda perfectamente concretado su alcance: de las cantidades listadas en esos documentos consideran apropiadas aquéllas que no están justificadas y las disposiciones en efectivo en cajeros, así como las comisiones por disposición en cajeros automáticos. Aparecen detalladas las fechas de cada cargo lo que, en todo caso, facilita las tareas de la defensa. Si la acusación se hubiese limitado a decir que se consideran apropiados indebidamente a través del uso de la tarjeta VISA 36.509,19 euros, afirmación que por otra parte también se

hace constar con meridiana claridad, se menguaría la posibilidad de replicar con datos concretos.

Las anotaciones manuscritas que figuran en esos anexos no empañan para nada su sentido y significado. Parecen obedecer a verificaciones manuales. Que algunas cifras se enmarquen en un círculo con un expresivo “OK” no impide a la defensa, ni al Tribunal, volver a repasar las cuentas para comprobar si las sumas y conceptos son correctos. Idéntica irrelevancia penal puede predicarse de otras anotaciones o signos.

El recurrente no tiene razón y el primer motivo ha de claudicar en consecuencia.

QUINTO.- El art. 852 LECrim sirve otra vez de trampolín para en un motivo segundo con el referente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) denunciar que la sentencia ha realizado una “inversión argumentativa de la prueba practicada”, pasando por alto cuestiones alegadas por la defensa, y disculpando la ausencia de un informe pericial económico que era indispensable con arreglo a lo dispuesto en el art. 365 LECrim.

La Audiencia admite la conveniencia de esa pericial, aunque la considera prescindible.

Y es que, en efecto, por más que un informe contable pudiese facilitar sin duda una engorrosa tarea consistente esencialmente en cotejos, y operaciones aritméticas, lo cierto es que las cantidades que se dicen malversadas se han extraído de la abundante documentación que figura en los autos. Cuando la sentencia se refiere a que la parte no impugnó esas cantidades, no está sosteniendo que basta con que las

acusaciones esgriman una cifra cualquiera a capricho, para que se tenga por válida y correcta si no es impugnada por la parte. Esa es una interpretación sesgada del discurso de la sentencia. Se está diciendo que esas cantidades están respaldadas por la documentación obrante en la causa. Todas y cada una de ellas tiene su reflejo en esos documentos. Si frente a esa documentación la defensa no arguye fundadamente su inveracidad, ni articula prueba o blande alguna argumentación para desmontar lo que se desprende de ella –lo que ha intentado exclusivamente en relación a algunas partidas y sigue haciendo en su recurso en este y ulteriores motivos- podrá tenerse por probado ese monto, no porque se acepte sin más la aseveración de las acusaciones, sino porque la documentación que la funda es fiable y no hay razones para dudar de ella. No es que tome como punto de partida la certeza de lo sostenido por las acusaciones. Se parte de la fiabilidad de la prolija documentación interna y mercantil en la que se fundan esas aseveraciones, lo que es bien distinto.

Es pertinente, en todo caso, traer a colación los diferentes parámetros de exigencia probatoria que rigen para las cuestiones penales y las exclusivamente civiles. En el primer ámbito cualquier atisbo de duda ha de resolverse en beneficio del acusado. No sucede así con la responsabilidad civil (en general y en particular con la responsabilidad civil nacida de delito que no deja de ser sustancialmente igual a la nacida de un hecho ilícito no delictivo). En todo lo determinante de una más grave respuesta penal, las exigencias probatorias han de ser exquisitas. Regirá una escrupulosa valoración. En el ámbito puramente civil, carente de repercusiones penales (cuantificación, responsabilidad civil de terceros, valoración del daño moral...), las exigencias están más relajadas (no toda duda ha de resolverse en favor del deudor: es canon suficiente para afirmar la responsabilidad civil un alto grado de probabilidad).

Nótese como aquí las discrepancias cuantitativas que blande el recurrente carecerían de toda trascendencia penal: se moverían únicamente en el ámbito de las indemnizaciones.

Analicémoslas, en todo caso.

Siendo ciertas las manifestaciones de Iván Guardia sobre el impago de una concreta factura (29 de junio de 2007) por importe de 5.221,70 euros, también lo es que esa factura está incorporada y no podemos en casación revisar la corrección de la conjunta valoración probatoria en que se ha otorgado mayor fiabilidad al documento.

Las repercusiones de la sentencia condenatoria y abono de las indemnizaciones en el mecanismo del IVA quedan extramuros del proceso penal. Será la Hacienda Pública quien deberá extraer las oportunas consecuencias. No puede servir para menguar lo que en rigor fue malversado. Que haya que recomponer y revisar los pagos y las deducciones hechas por IVA repercutido, es cuestión posterior y diferente. Quien en ningún caso deberá beneficiarse de ello es precisamente el responsable penal.

SEXTO.- Agolpa otras quejas en ese segundo densísimo motivo el recurrente. Una segunda se refiere al cálculo de las dádivas recibidas determinantes del delito de cohecho.

A falta de constancia documental (lo que es congruente con el tipo de pago de que se trata: no se suelen documentar, o, al menos, si se hace será de forma nada clara, unas comisiones ilícitas) no es prueba desdeñable (antes bien es bastante fiable por cuanto supone una autoinculpación) la confesión de los que abonan las comisiones. Iván Guardia habló desde el comienzo de un 21,5% que se reduciría

posteriormente a un 16,5% aclarando que se descontaba lo debido por tributos (folio 91, -policía- y folio 418, -Juzgado-, donde se refiere a un 22,5%). Ramón de la Iglesia no expresó cantidad alguna: se concretaba en cada caso. Algunas referencias contables invitan a pensar en un 22,5% (folio 69). Pero, sobre todo, el propio recurrente en su declaración policial (folio 112), ratificada judicialmente (folio 162 y ss) alude a unas comisiones comprendidas entre el 16 y el 22%. Con esa base el Tribunal sitúa de manera aproximativa la cantidad percibida por comisiones entre un 16,5 y un 22,5 %, y con ese referente fija el mínimo percibido por comisiones que se ajusta a la petición de las partes activas que no podía ser sobrepasada por exigencias del principio acusatorio aunque de los hechos probados en sentido estricto podríamos deducir cantidades superiores. La trascendencia de esta cuestión se ciñe a la extensión de la pena de multa que en todo caso se maneja en cuantía moderada como luego se verá.

Además se queja el recurrente del confusionismo reinante sobre la empresa Auditoría Informática Balear SL (pagina 16 de la sentencia) y la factura aludida en contradicción con lo que figura al folio 1.253 del Tomo III indicativo de que no existe tal documento. El importe expresado se corresponde con la factura 3/2007 que además estaría duplicada con importes y conceptos distintos.

El examen del documento al que alude el recurrente evidencia que se trata de un lapsus o una errata heredada del escrito de calificación conjunto de las acusaciones. Se están refiriendo obviamente a la factura 3/2007 a cargo de BITEL. La otra factura con igual numeración está cargada a FOGAIBA lo que podría explicar la duplicidad de numeración y diferenciación de cantidades en que tanto énfasis pone el recurso.

Que la cifra por dietas del año 2003 sea tan baja, no significa nada más que las actividades malversatorias del recurrente fueron *in crescendo*. Pero no se entiende por qué ese dato ha de reputarse signo de cuantificación caótica. Esa cantidad fue percibida y no estaba justificada.

SÉPTIMO.- Otro bloque argumentativo de este segundo motivo se destina a protestar por el hecho de que el Tribunal no haya dado respuesta a sus alegaciones sobre la ausencia de dos requisitos típicos de algunos de los delitos por los que ha sido condenado: su condición de funcionario público, y la naturaleza de fondos públicos de las cantidades manejadas por BITEL.

No es verdad que no se haya dado contestación. La sentencia explica por qué entiende concurrentes esas características esenciales para los tipos penales manejados.

A tales efectos la adición al *factum* que propone el recurrente de las menciones estatutarias; de la incorporación al objeto social de comercialización de muebles de oficina y otros bienes semejantes en el año 2002 (informe de auditoría) que aparece en la sentencia (página 24) aunque sin antecedente alguno en el propio texto; de la remisión estatutaria a la ley de Sociedades Anónimas; del procedimiento de nombramiento de Gerente (Junta General de 6 de junio de 2005 de acuerdo con lo previsto en los arts. 18 y 20 de los estatutos sociales); y de sus facultades y lo resultante de otras modificaciones estatutarias, no trastocarían la argumentación de la Audiencia para llegar a esas conclusiones.

Sobre esos temas y los argumentos del Tribunal de instancia podrá debatir el recurrente en los correspondientes motivos por infracción de ley. Como se verá, nada influyen esas cuestiones, como tampoco

condiciona ni el listado de clientes de BITEL entre los que aparecen personas privadas y particulares; ni la existencia de una cuenta corriente de Gerencia como forma de efectuar abonos y cargos... Nada de eso es negado por la sentencia. Pero al estimarse que no afecta a los argumentos blandidos para entender que se trata de fondos públicos no se entretienen lógicamente los jueces *a quibus* en hacer constar en los hechos probados todo lo que resulta de las actuaciones. No tendría sentido. La condición de fondos públicos o no, no dependerá del volumen de las subvenciones o de los ingresos por prestación de servicios. El debate hay que situarlo en otro territorio. Se abordará en el lugar adecuado.

Si no se dice nada en cuanto a las facultades delegadas, es porque la Audiencia considera que carecía de atribuciones para fijarse las propias retribuciones y complementos, lo que significa sostener claramente que no tenía delegada tal facultad. Pero es que, aunque la tuviese delegada, si esas auto-asignaciones de emolumentos eran arbitrarias e infundadas continuaríamos estando ante un delito de malversación de caudales públicos. Esa falta de justificación, en lo material (y no solo en la ausencia de autorización), es el núcleo de la acusación.

Hay que desestimar íntegramente este segundo motivo.

OCTAVO.- Al amparo del art. 849.1º se considera indebidamente aplicado el art. 24 CP: el recurrente no tendría la cualidad de funcionario.

Se realiza un correcto acercamiento a la caracterización de ese concepto en el ámbito penal que, como es sobradamente conocido, se aparta del administrativo. Se atiende a la materialidad: el nombramiento y el ejercicio de funciones públicas es lo relevante (SSTS 1292/2000 o 68/2003, u 866/2003, de 16 de junio: lo decisivo es la función realizada

dentro de un organigrama de servicio público). Puede verse en particular la STS 876/2006, de 6 de noviembre.

Considera el recurrente incorrectamente aplicada tal condición al cargo de gerente de BITEL que desempeñó por las siguientes razones:

- a) Fue nombrado por el Consejo de Administración, aunque fuese a propuesta de su Presidente, el Consejero de Economía y Hacienda. En el Consejo de Administración estaban representados entes y capital privados. No son autoridad competente. No puede empañar esa realidad objetiva la insinuación de la sentencia de que la sugerencia para su nombramiento emanaba del Presidente de la Comunidad Autónoma (lo que fue relatado por el propio recurrente en sus iniciales declaraciones). En eso tiene razón: la recomendación de una autoridad no significa nombramiento por Autoridad.

- b) Tampoco participaba en el ejercicio de funciones públicas. A juicio del recurrente la sentencia confunde al considerar que la supervisión por parte de la Administración pública arrastra a la categoría de función pública la actividad controlada o supervisada. Que BITEL fuese un medio propio de la Administración no implica que esa mercantil participase del ejercicio de funciones públicas. Bitel no es Administración Pública. Se citan los arts. 15.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y el correlativo art. 30.4 de la Ley autonómica 3/2003 de 26 de marzo de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las islas Baleares de los que se desprende claramente que la encomienda de una gestión no supone cesión de la

titularidad de la competencia; apostillándose a continuación que el art. 15.5 excluye de esa encomienda las actividades que hayan de sujetarse al derecho administrativo, sin perjuicio de la aplicación en lo que proceda de la legislación de contratos del Estado. BITEL era una sociedad mercantil sometida al derecho privado. Esas conclusiones solo podrían verse alteradas tras la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público consecuencia de la cual se dictó el decreto 64/2008, de 20 de mayo modificando los Estatutos Sociales de BITEL. Solo a partir de entonces –fecha posterior a los hechos- podrían sostenerse las conclusiones de la Audiencia. Objetos sociales como la comercialización de bienes de oficina, aparatos informáticos y componentes, no pueden considerarse funciones públicas de ninguna forma.

La STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 es digna de ser evocada como primer punto de referencia para acercarnos a la cuestión:

“Tal y como ha declarado esta Sala, el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 CP (con anterioridad art. 119 CP 1973), conforme al cual “se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”, es un concepto de Derecho Penal independiente de las categorías y definiciones que nos ofrece el Derecho administrativo en el que lo verdaderamente relevante es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la administración en sus diferentes facetas y modos de operar (STS de 27 de enero de 2003 y 4 de diciembre de 2001). Se trata de un concepto más amplio que el que se utiliza en otras ramas del ordenamiento jurídico, y más concretamente en el ámbito del Derecho administrativo, pues mientras que para éste los funcionarios

son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino fundamentalmente “la participación en la función pública” (STS de 4 de diciembre de 2002), a la que debe accederse por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto.

Es decir, se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto “nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo”.

Puede presentarse la participación en el ejercicio de funciones públicas tanto en las del Estado, entidades locales y comunidades autónomas, como en las de la llamada administración institucional que existe cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que “cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a este concepto amplio de función pública” (STS de 27 de enero de 2003). Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas, nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporabilidad (SSTS de 4 de diciembre de 2001 y 11 de octubre de 1993), resultando suficiente un contrato laboral o incluso el acuerdo entre el interesado y la persona

investida de facultades para el nombramiento (STS de 27 de enero de 2003).

El concepto incluye, por tanto, a los empleados de concesionarios de servicios públicos (STS de 19 de diciembre de 1999); gestores de empresas que prestan servicios públicos cuyo patrimonio se integra en el de una Administración Pública (STS de 29 de abril de 1997); así como a las entidades estatales reguladas en los arts. 6.2 LGP, pues al ser éstas parte del sector público y tener asignada la prestación de un servicio público el perjuicio causado con su administración ilícita no puede dejar de gravar los Presupuestos Generales del Estado (STS de 13 de noviembre de 2002).

Resulta evidente por todo ello que una conclusión distinta no puede mantenerse en el caso de la empresa Inmobiliaria de Promociones y Arriendos S.A. (Improasa), Sociedad Estatal cuyo Presidente –el acusado Moreno García– fue designado a través de la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Concurren, como se ha explicado, los dos elementos necesarios: el título y la función.

*Por lo que respecta a la función, es claro y en los hechos probados aparece, que la citada empresa participaba en el ejercicio de funciones públicas. Pues sus funciones consistían en la preparación de la venta de una empresa pública, garantizando, a través de una sociedad estatal, que la privatización se realizaba con respeto a los intereses generales. **Está admitido que el Estado puede actuar mediante sociedades estatales revistiendo formas jurídico privadas, por considerarse que de esa manera se gestiona más adecuada y eficazmente los intereses generales, situación que se presenta en este caso, que para gestionar intereses generales se buscó la creación de una empresa con la forma de sociedad anónima.***

El objeto social de esta empresa es «la construcción, promoción, venta, arrendamiento o explotación de cualquier forma de edificios e inmuebles destinados a su utilización por los servicios de la

Administración Pública y actividades inmobiliarias accesorias con los fines señalados». Y, la misión concreta de la citada empresa era «la privatización de Intelhorce», lo que implica gestionar intereses generales en virtud de una decisión política del Ministerio de Economía y Hacienda.

Por lo que se refiere al título, es decir el modo de acceso al desempeño de la función, consta en el relato fáctico que la Dirección General del Patrimonio, como accionista único de Improasa, designaba a la totalidad del Consejo de Administración, incluido el Presidente, por lo que es claro que el acusado participaba del ejercicio de funciones públicas por nombramiento de autoridad competente, requisitos que son los exigidos por el art 24 del CP 95 (antes 119 CP 73) para ostentar la condición de funcionario a efectos penales”.

Sentada la condición de funcionario, a efectos penales, del acusado Presidente de Improasa, es clara la concurrencia de los elementos integradores de los delitos de fraude y cohecho objeto de acusación por el Ministerio Público. Consta suficientemente en el relato fáctico cómo el acusado, abusando de su cargo, contribuyó de modo eficiente al engaño, informando favorablemente la oferta y ocultando aquellos datos que resultaban perjudiciales para los adquirentes, entre ellos la insolvencia de las sociedades que pretendían la adquisición o la ausencia de relación alguna con Benetton, relación que se presentaba como el principal activo de los ofertantes.

Es decir, que en lugar de cumplir la función que tenía encomendada, cuidar de los intereses generales en el proceso de privatización, el acusado se pasó directamente a la parte contraria, una vez sobornado con la promesa de percibir personalmente la cantidad de cincuenta millones de ptas. según resulta del relato fáctico. De este modo se dedicó a velar exclusivamente por sus propios intereses y por los de los adquirentes, con desprecio de los intereses públicos que debía salvaguardar.

Estos argumentos servirán a la mentada sentencia para considerar correctas las condenas por delitos de fraude y cohecho.

NOVENO.- A efectos penales, así pues, el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa de dos presupuestos (art. 24.2 CP): el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas.

No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado. Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado "levantamiento del velo": estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal", sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material.

Eso sucede aquí en relación al recurrente. Se dice que no es funcionario público pues la relación con Bitel se basaba en un contrato laboral de Alta dirección y su nombramiento se hizo por el consejo de Administración de una Sociedad Anónima según consta en el acta de la sesión correspondiente que aparece unida a las actuaciones en uno de los tomos separados.

Pero en realidad materialmente su nombramiento se hace por la Administración Autonómica. Su nombre es propuesto por el Consejero de Economía para acceder al puesto de Gerente.

El acuerdo del Consejo de gobierno de fecha 9 de marzo publicado en B.O. Illes Balears de 12 abril 2001, núm. 44, dice textualmente como expresa la sentencia:

"La formalización de un contrato de alta dirección para la cobertura de plazas de Dirección o Gerencia en las Empresas Públicas dependientes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se realizará en lengua catalana y requerirá la intervención previa y el informe favorable de los Consejeros competentes en materia de Hacienda y Presupuestos e Interior".

En cumplimiento de ello según refleja el acta del consejo de administración de fecha 29 de Junio del 2.003, el nombramiento del recurrente como gerente se realiza a propuesta del Conseller de Economía, como representante de la administración. Su nombramiento obedeció a la decisión de una autoridad competente, el Conseller de economía y hacienda. Se da pues el requisito del art. 24.2 CP.

Damián Vidal era profesor de la Universidad de las Islas Baleares. Al acceder al puesto de Gerente de BITEL, siguió siendo funcionario, pero en la situación de servicios especiales, es decir, computando antigüedad. Justamente por ello al finalizar su servicio especial consolidó el sueldo de alto cargo según expresaron las acusaciones en referencia a la que se remite la sentencia. En efecto al finalizar su relación con Bitel el recurrente solicitó y obtuvo el reconocimiento de la administración de nivel a tenor de la disposición adicional novena de la ley 3/2007 que textualmente señala: *"1. El personal funcionario de carrera de la Administración de la*

Comunidad Autónoma de las Illes Balears o de las entidades públicas que dependen de ella y el personal estatutario al servicio de la sanidad pública autonómica tienen derecho a percibir el complemento de destino en la cuantía que la Ley de Presupuestos Generales del Estado fija anualmente para los directores o las directoras generales de la Administración del Estado, cuando se reincorporan al servicio activo después de haber desempeñado durante dos años continuados o tres con interrupción cualquiera de los siguientes cargos:

c) Presidente o presidenta o gerente de las empresas públicas o de los consorcios con participación mayoritaria de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

En el Consejo de Administración que designó al acusado había mayoría de representantes de la Comunidad por mandato estatutario. Era el Conseller del Gobierno autonómico quien debía efectuar la propuesta. Materialmente está cubierto el requisito del título que exige el art. 24.2 CP. El Conseller y en virtud de su propuesta el resto de Consejeros mayoritarios en el Consejo son quienes eligen para ese puesto al recurrente, en lo que es sustancialmente un refrendo de la decisión adoptada en el seno de la Administración Autonómica por la autoridad competente. Luego tal realidad recibe el ropaje propio de un contrato laboral entre la Sociedad Mercantil y el "nombrado".

En cuanto al ejercicio de funciones públicas nos detendremos con mayor detenimiento cuando se aborde más adelante el problema de si estamos ante caudales públicos. Aquí basta adelantar que las funciones de BITEL tenían esa vocación de servicio a la Administración Autonómica Balear para la gestión transversal de todos sus servicios informáticos. Que hubiese un reducto residual de servicios prestados a terceros no enturbia esa finalidad social predominante y caracterizadora. Las funciones que

desarrollaba BITEL se corresponden con las que puede realizar cualquier departamento informático interno de una Administración.

DÉCIMO.- Desarrollemos algo más estos argumentos desde la normativa concreta de BITEL, indagando en su realidad material y no en su revestimiento formal que indudablemente es el de una Sociedad Anónima que formaliza un contrato laboral de alta dirección (también incorporado a los autos) con el recurrente. Esta profundización servirá además de preámbulo preparatorio de un tema planteado en un motivo posterior: la naturaleza de los fondos manejados por BITEL.

BITEL S.A. como se relata en los hechos probados fue creada por Decreto 64/1994, de 26 de mayo, de constitución de la empresa pública de servicios telemáticos de valor añadido de la Comunidad Autónoma de les Illes Balears (BOIB de 66/1994, de 31 de mayo) al amparo de lo establecido en la disposición adicional decimocuarta de la Ley 11/1993, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para 1994 que tomaba como referencia el art. 1.b.2 de la entonces vigente Ley 3/1989, de 29 de marzo, de entidades autónomas y empresas públicas y vinculadas a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

La Sociedad quedaba adscrita por virtud de la norma constitutiva a la Conselleria de Economía y Hacienda lo que por otra parte se hace visible patentemente en la documentación que continuamente aparece en los autos: toda ella junto al nombre de BITEL lleva en su membrete el escudo oficial y la señal clara de esa vinculación con la Administración Autonómica. La finalidad de esa Sociedad es “llevar a cabo la prestación de servicios telemáticos de valor añadido”. Tal norma la tipifica como empresa pública de naturaleza mercantil. «Balears Innovación Telemática, SA» (BITEL, SA). Nace con un capital social de 50.000.000 de pesetas, suscrito en un

51% por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Es una empresa con capital mayoritario público. Más adelante, y eso es importante, todo el capital será público, lo que sucederá a mitad del mandato como gerente del recurrente: en julio de 2005. La mayor parte de los hechos determinantes de la condena son posteriores a esa fecha.

El **titular de la Consellería de Economía y Hacienda**, o la persona en quien éste delegue, representa a la Comunidad Autónoma en las Juntas Generales de accionistas que se celebren. Los estatutos sociales se aprueban en el mismo Decreto. Es una sociedad surgida por disposición de una Administración Pública.

El art. 3 del Decreto de creación proclama que en tanto la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares mantenga la posición mayoritaria en la Sociedad Anónima creada, se nombra **presidente del Consejo de Administración de la misma al Conseller de Economía y Hacienda**. Del mismo modo **la propuesta para designación de los miembros del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima que correspondan a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en su calidad de accionista, corresponderá al Conseller de Economía y Hacienda**. Es el Conseller (una autoridad) quien es presidente del Consejo de Administración y quien tiene el control sobre el resto de miembros del Consejo representantes de la Administración.

La citada Ley 3/1989, de 29 de marzo tras aludir en su exposición de motivos a la necesidad de implantar una Administración Institucional propia, para la racionalización, eficacia y economía en la gestión de los fines que se les atribuyan extiende su ámbito de aplicación no solo a las entidades de derecho público creadas por el Parlamento con personalidad jurídica propia, sino también a las empresas públicas de la Comunidad Autónoma entre las que distingue: **i)** las entidades de derecho público con

personalidad jurídica propia sometidas a la Comunidad Autónoma, pero que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado; **ii)** las Sociedades civiles o mercantiles con participación mayoritaria de la Comunidad Autónoma, de las entidades autónomas de la misma o de las sociedades en que la Comunidad Autónoma o las entidades citadas tengan también participación mayoritaria en el capital social y aquellas entidades de derecho público adscritas a la Comunidad Autónoma que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado; y **iii)** Las empresas vinculadas a la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, es decir, aquellas sociedades civiles o mercantiles a las cuales la Comunidad Autónoma, sus entidades autónomas o sus empresas públicas participen directa o indirectamente en su capital en un mínimo de un 10% sin llegar a la mayoría.

BITEL pertenecía en su origen al segundo grupo y no al de sociedades vinculadas.

Y el art. 12 de la mentada Ley autonómica disponía: *“Los Presidentes, Directores, Consellers, Vocales y personal directivo de las Entidades Autónomas y Empresas Públicas serán designados y separados libremente de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivas normas fundacionales. El nombramiento de Presidentes y Directivos se efectuará, a no ser que lo fueran con carácter nato por razón del cargo que desempeñan, por Decreto, cuando aquéllos ostentaran, al menos, la asimilación correspondiente a Director General. En los demás casos, su designación, así como la de Consellers, Vocales y personal directivo estará atribuida a la competencia del Conseller respectivo.*

La retribución de los Directivos o Gerentes será determinada por el Consell de Administración de la Entidad Autónoma o Empresa Pública, de acuerdo con la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares”.

Si dirigimos ahora la mirada a la normativa societaria en los ESTATUTOS de BITEL, SA aparecen como facultades del Consejo de Administración la de nombrar, destinar y despedir todo el personal de la Sociedad, fijando sus facultades y deberes y asignándole los sueldos y gratificaciones que procedan, así como designar un gerente con necesidad del voto de 2/3 de consejeros lo que revela que desde el punto de vista societario supone la ratificación del designado por el accionista mayoritario que es la Comunidad Autónoma.

En todo caso no sobra destacar que la condición o no de funcionario podría tener interés a efectos de los delitos de fraude o de cohecho; pero no a efectos del delito de malversación si se llega a la conclusión –lo que ya se adelanta- de que estamos ante caudales públicos. No podemos olvidar la disposición del art. 435 CP que extiende los tipos de malversación a los particulares encargados por cualquier concepto del manejo de caudales públicos.

De cualquier forma se trata éste de un argumento de cierre: el recurrente a efectos penales habrá de ser considerado funcionario público y **el motivo resulta en consecuencia inatendible.**

UNDÉCIMO.- Los motivos cuarto y quinto toman como plataforma argumentativa el derecho a la presunción de inocencia que accede a la casación a través del art. 852 LECrim. En el cuarto, el argumento se focaliza en los delitos de malversación de caudales públicos y fraude. El quinto se refiere al delito de malversación de caudales públicos.

El derecho a la presunción de inocencia se configura como una regla de juicio que implica la prohibición constitucional de ser condenado sin

pruebas de cargo válidas, revestidas de las necesarias garantías y referidas a todos los elementos del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Sólo existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iter* discursivo [SSTC 68/2010, de 18 de octubre, Fundamento Jurídico Cuarto; 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a)-, ó 126/2011, 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-].

El control en casación del respeto a la presunción de inocencia exige como primer paso depurar el cuadro probatorio para expulsar de él la prueba ilícita (por violar derechos fundamentales) o no utilizable (por no haber estado revestida su práctica de las garantías imprescindibles: contradicción, publicidad). A continuación, ha de valorarse el material probatorio subsistente para comprobar si, en abstracto, era razonablemente suficiente para que el juzgador racionalmente pudiese llegar a una convicción, exenta de toda duda, sobre la culpabilidad; y, luego, si, en concreto, esa indubitada convicción está motivada de forma lógica y concluyente.

El recurrente expulsa de su argumento exculpatório los cuatro actos de apropiación de sendas transferencias efectuadas a favor de HELIX INFOCOM S.L. por importe respectivamente de 11.964,46, 9.858,49, 11.594,14 y 9.372, 51 euros respectivamente (año 2007). A esas añade otras cinco facturas cobradas el uno de agosto de 2007, pero arguyéndose que ya no estaríamos ante una apropiación indebida sino ante una estafa pues había cesado dos días antes (20.211, 30, 11.557,11, 11847,78, 11.551,79 y 29.506,05). La entidad beneficiaria HELIX INFOCOM S.L reintegró la suma de 60.537,24 euros.

Desde la admisión de esos hechos conviene ya adelantar que partiendo de su realidad la calificación jurídico penal de la sentencia de instancia no se modificaría ni un ápice. Nada hay fuera de esos hechos que pueda repercutir en la subsunción jurídico penal. Por tanto hipotéticamente si estimásemos el motivo referido al resto de acciones que se dan como acreditadas, la conclusión en cuanto a los delitos de malversación y fraude sería exactamente la misma. Otra cosa es el debate sobre su correcta calificación jurídica que aparece en motivos posteriores. Solo se incidiría en las indemnizaciones civiles. Esta observación no es baladí. En relación a lo que son puras consecuencias civiles anudadas a un delito, la proyección de la presunción de inocencia tiene una fuerza inferior. Ya se explicó antes. El nivel de certeza necesario para una condena penal (*más allá de toda duda razonable*) no es exigible para abordar los aspectos puramente civiles. La afirmación del delito exige un tipo de prueba concluyente y rotunda. Para la asignación de las consecuencias civiles es suficiente la alta probabilidad: hay que manejar los mismos parámetros que se barajan en la jurisdicción civil. Se hace esta advertencia previa, ya expuesta antes, para amortiguar el “dramatismo” del motivo: no es un problema de condena o absolución; ni de mayores o menores responsabilidades penales sino de mayores o menores responsabilidades civiles.

Desde esta inicial premisa, se abordan los distintos apartados en que el recurrente diversifica su alegato. Anunciamos que ninguno aporta argumentos que desde el punto de vista de la presunción de inocencia sean idóneos para casar la sentencia de instancia. No se aduce tanto la falta de realidad de los hechos consignados en la sentencia, como que esas actuaciones estarían justificadas pues se habrían hecho con plena legitimidad. Eso solo de una forma muy tangencial puede ser discutido a través de la presunción de inocencia. Esta exige la concurrencia de prueba que acredite los hechos constitutivos de la infracción penal, pero

no obliga a presumir la presencia de circunstancias eximentes como que el acusado –que eso es lo que se aduce en definitiva- estaba autorizado para esas disposiciones dinerarias que admite haber efectuado lo que supondría la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

a) Así, en relación a los incrementos de nóminas no autorizados, no discute el recurrente de que efectivamente cobrase las cantidades consignadas en la sentencia. Que sean bajas o altas es indiferente. No rige aquí un principio de insignificancia que obligase, v.gr., a excluir las cantidades inferiores a 100 euros. Que tuviese “derecho” a cobrar esas cantidades –lo que constituye la eximente de ejercicio legítimo de un derecho- es un problema mas que de presunción de inocencia de acreditación de una causa excluyente de la responsabilidad penal. No hay el más mínimo intento de “justificar” esos cobros. No basta con decir que estaba autorizado como gerente para acordarlos. Eso no excluye la apropiación o malversación (ilegitimidad del pago en definitiva) cuando esos poderes se utilizan desviadamente para asignarse de esa forma encubierta o aparentemente legítima pagos que no le corresponderían. La facultad de autorizar abonos por horas extras, no autoriza a auto adjudicarse incrementos sin efectuar esas horas extraordinarias o sin concurrir los supuestos que podrán fundar una gratificación u otros conceptos y complementos como atrasos o incentivos. La conducta global del acusado genera una atmósfera con la que es muy congruente concluir que esa era una mecánica más de desviar el patrimonio social a su enriquecimiento particular. Si además no se hace el más mínimo esfuerzo por acreditar los conceptos que justificaban esas percepciones, se alcanza la certeza.

b) La experiencia enseña que el hecho de que las cuentas fuesen aprobadas sin reparo alguno, significa solo una cosa: que su actuación delictiva no se descubrió hasta más tarde (cuando se inició una

investigación a raíz de unas más que sospechosas transferencias con motivo de su cese), y que confería a esas desviaciones apariencia de legalidad y correcto funcionamiento. La aprobación de unas cuentas no cancela el delito patrimonial cometido, ni es necesariamente prueba de que no se produjo.

c) Algo semejante puede sostenerse respecto de los cargos de compras y servicios particulares en la tarjeta proporcionada por BITEL así como reintegros en cajeros automáticos y transferencias bancarias no autorizadas. La existencia de un finiquito de la cuenta corriente no excluye la realidad de los hechos que la Sala da por probados con una base sobrada. En el fundamento de derecho quinto de la sentencia se vierte toda la escrupulosa y convincente motivación fáctica que justifica este aserto. A él hay que remitirse.

d) En un tercer apartado el recurrente quiere excluir uno de los pagos realizados a HELIX INFOCOM S.L. por importe de 11.760 euros aduciendo que ese pago correspondía a un trabajo real ajustándose la facturación al precio de mercado (proyecto número 15). Ya se ha insinuado la irrelevancia penal de ese matiz que quiere introducir el recurrente. Por otra parte el perito manifestó que ignoraba si el trabajo había sido realizado del todo por lo que tampoco está claro si se devengó legítimamente la obligación de pago: desde luego el contexto invita a pensar más bien en que era una operación similar a las otras fraudulentas. No se puede decir que no exista prueba (la factura existe y el importe se abonó).

e) En lo atinente a las operaciones verificadas con Ramón de la Iglesia, Iván Guardiola y Auditoria Informática Balear, S.L., se aducen las periciales de la defensa realizadas por Tomás Arroyo y Antonio López. Califican de “óptimos” los trabajos realizados por tales

contratantes. Precisamente por eso en relación a los trabajos realmente realizados la sentencia acoge esa distinción en *el factum* discriminando entre los reales y otros inexistentes o ficticios. Lo hace de forma expresa con las consiguientes consecuencias en cuanto a las cifras.

DUODÉCIMO.- Además contamos con las declaraciones precisamente de Ramón de la Iglesia e Iván Guardia aceptando las irregularidades en otros pagos. Estamos en un reducto de valoración probatoria (prueba personal) en el que no podemos adentrarnos.

La STS 795/2013, de 7 de octubre, en relación a la aptitud de las declaraciones de coimputados para desmontar la presunción de inocencia, dice: *"Como es bien conocido, cuando estamos ante la declaración de un co-imputado el Tribunal Constitucional ha introducido unas ciertas reglas valorativas. Sin la observancia de esas reglas complementarias la declaración del coimputado sería "insuficiente" en abstracto (más allá de las circunstancias del supuesto concreto) para desactivar la presunción de inocencia. No "inutilizable", sino "insuficiente"*.

En los años ochenta encontramos las primeras referencias en esta Sala a este problema. La doctrina elaborada inicialmente en el seno de la Sala segunda con inocultable influencia de las reflexiones generadas en la práctica y doctrina italianas, fue completándose, perfilándose y enriqueciéndose en una progresiva evolución en la que finalmente asumió un papel más protagonista la jurisprudencia constitucional. La valoración de las declaraciones de coimputados no es solo un problema de fiabilidad en concreto, sino también de reglas abstractas de valoración que excluyen su capacidad para fundar en determinadas condiciones una condena. La constatación de que estamos ante una prueba peculiar que engendra inicialmente una cierta desconfianza constituye el sustrato de esa singularidad. Respecto de ella no bastan las normas generales del resto de pruebas: que sea lícitas, que se

practiquen bajo el principio de contradicción, que estén racionalmente valoradas y motivadas... Hace falta algo más: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal acabe dándoles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente. Si pese a ello faltan esas garantías externas y, en lo que aquí interesa, fundamentalmente la corroboración, habrá de declararse contraria a la presunción de inocencia la condena fundada en ese elemento de convicción. No basta la racionalidad y consistencia de la motivación. Hace falta algo más. Ese plus viene constituido por unos criterios de valoración interna (test de fiabilidad); y por la necesidad de un complemento (corroboración externa).

En el primer plano se mueven unos cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque en este caso suponen algo más que meras orientaciones. Necesariamente han de ser tomados en consideración. En ese nivel está la reforzada necesidad de motivar valorando especialmente los supuestos en que el coimputado puede actuar impulsado por motivos espurios (animadversión) o por el deseo de acogerse a unos beneficios penológicos (legales o pactados con las acusaciones). En el caso ahora analizado no se detecta ni animadversión ni una no alegada enemistad. El legítimo deseo de acogerse a unos beneficios penológicos tampoco explica suficientemente la implicación de otros acusados en los hechos realizada por algunos coimputados"...

...“En esos supuestos hay que argumentar convincentemente la fiabilidad del coimputado. Existe toda una tradición doctrinal que contempla con recelo el otorgamiento de beneficios por la delación. Ahora bien, no es extraña a esa política nuestra legislación: admitida por la ley esa mecánica, el intérprete no puede sustraerse a ella por la vía indirecta del ámbito procesal. Varios artículos del Código Penal de los que el 376 es un paradigma, así como la interpretación jurisprudencial de la atenuante analógica en relación con la confesión

acreditan que en nuestro derecho está admitida y favorecida esa forma de acreditamiento. El hecho de que se deriven beneficios de la delación ha de ser sopesado pero no lleva ineludiblemente a negar valor probatorio a la declaración del coimputado. Ese dato puede empañar su fiabilidad. Pero si no basta para explicarla y, pese a ello, se revela como convincente y capaz de generar certeza pueden servir para dictar una sentencia condenatoria. La posibilidad de beneficios penológicos no es suficiente por sí sola para negar virtualidad probatoria a las declaraciones del coimputado como demuestra la existencia del art. 376 del Código Penal precisamente en materia de delitos contra la salud pública. Sólo será así cuando de ahí quepa racionalmente inferir in casu una falta de credibilidad. El Tribunal Constitucional ha afirmado que el testimonio obtenido mediante promesa de reducción de pena no comporta una desnaturalización que suponga en sí misma la lesión de derecho fundamental alguno (Autos 1/1989, de 13 de enero ó 899/1985, de 13 de diciembre). Igualmente este Tribunal ha expresado que la búsqueda de un trato de favor no excluye el valor de la declaración del coimputado, aunque en esos casos exista una mayor obligación de graduar la credibilidad (por todas STS 279/2000, de 3 de marzo). La Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2004, recaída en el asunto CORNEILS v. Holanda abunda en esas ideas: se rechaza la demanda del condenado por pertenecer a una organización dedicada al tráfico de drogas, condena que se basaba en las declaraciones de otro integrante de la organización que había llegado a un pacto de inmunidad con el Fiscal. En la medida en que el demandante pudo contradecir esas pruebas y cuestionar su fiabilidad y credibilidad, aunque no llegase a tener acceso a todas las conversaciones entre el procurador y el testigo inmune, no habría afectación de ninguno de los preceptos del Convenio”. (vid igualmente STS 243/2013, de 25 de enero).

En el supuesto ahora analizado esos coacusados han obtenido rendimiento procesal propio de esas declaraciones heteroincriminatorias como evidencia la rebaja penológica y su asentimiento. Pero eso no las desacredita ni ensombrece su fiabilidad corroborada por las investigaciones y documentos.

Se confirma también la presencia de otro requisito *sine qua non* del valor probatorio de la declaración del coimputado la concurrencia de una corroboración externa. El Tribunal Constitucional ha exigido ese complemento. Como el acusado no está obligado a decir verdad, ni presta promesa o juramento con ese objeto, sus manifestaciones son menos fiables. Puede mentir con impunidad. Aunque conviene matizar que el hecho de que el procesado no esté obligado por juramento o promesa a decir verdad y que no pueda ser reo de falso testimonio, no supone que pueda mentir y acusar a otros de manera impune. Las acusaciones inveraces a otros imputados pueden ser constitutivas de un delito de acusación y denuncia falsa (STS 1839/2001, de 17 de octubre, aunque alguna aislada resolución de esta Sala, precisamente en este contexto de argumentación, lo haya cuestionado). El derecho a no declararse culpable no abarca un inexistente derecho fundamental a mentir (STC 142/2009, de 15 de junio); aunque, obviamente, fuera de los casos de imputación falsa a otras personas, las mentiras del acusado vertidas en su declaración son impunes.

La STC 111/2011, de 4 de julio decía: "... nuestra doctrina ha venido considerando la declaración de un coimputado en la causa como "una prueba sospechosa" (entre otras, SSTC 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3), que despierta una "desconfianza intrínseca" (STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), por lo que hemos venido disponiendo una serie de cautelas, como ya hemos dicho, para que esta declaración alcance virtualidad probatoria, en concreto "un

plus probatorio consistente en la necesidad de una corroboración mínima de la misma” (STC 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3). De esta forma, la problemática de este tipo de declaraciones ha sido abordada por este Tribunal Constitucional desde el trascendental aspecto de su credibilidad y eficacia probatoria como prueba de cargo para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuidando de garantizar los derechos del acusado que podría ser condenado en base al contenido de las mismas”.

Aquí no faltan patentes elementos corroboradores.

DÉCIMO TERCERO.- En cuanto al delito continuado de cohecho no puede ser diferente la conclusión. Existen unas manifestaciones contundentes de los coimputados Ramón de la Iglesia e Iván Guardia. Sobre su valorabilidad hay que remitirse al fundamento anterior. Tales manifestaciones están avaladas por la realidad de las adjudicaciones y además encaja perfectamente en el contexto en que desenvolvía su actividad el recurrente. Que no se hayan podido cuantificar las comisiones en cada caso no implica que no se haya acreditado su realidad. Los coimputados aducen que hacían pagos en concepto de comisión; pero indican que no recuerdan las cantidades con exactitud. Iván se refiere a unos porcentajes iniciales que luego fueron rebajados. A esos mismos se vino a referir el propio recurrente en su declaración policial luego ratificada judicialmente (folios 112 y 162 y ss) con ligeras variaciones (entre el 16 y el 22%).

Las declaraciones de dos coimputados no pueden actuar como elemento corroborador la una de la otra (según criterio del TC), pero su fiabilidad queda robustecida entre sí. Más cuando en otro orden de cosas encajan plenamente con el resto de datos que dimanen de la causa. Y si

además en sus declaraciones judiciales el recurrente aceptó esa realidad es infundada la discusión sobre presunción de inocencia.

Las erratas en relación a la factura de Auditoría Informática Balear ya fue antes explicada. No condiciona la materialidad de lo declarado probado.

Los motivos cuarto y quinto han de ser también desestimados.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo sexto denuncia aplicación indebida del art. 432.1º CP: si antes discutía su condición de funcionario, ahora con densidad y extensión argumentativa pone en cuestión que pueda hablarse propiamente de caudales públicos tal y como exige tal precepto.

El objeto material del delito de malversación viene constituido por caudales públicos. A falta de una definición legal, hay que perfilar el concepto escudriñando en la legislación.

La cuestión es enjundiosa. No existe un concepto legal de “fondos, caudales o efectos públicos” a diferencia de otros ordenamientos como el francés singularmente (*derniers publics*). En nuestro panorama normativo perfilar esa noción obliga a sumergirse en una marasma de cambiante y no clara legislación nacional y autonómica; y a diferenciar según el prisma (penal, contable, administrativo, financiero) desde el que abordemos la cuestión. La creciente y progresiva ampliación del Sector público con la pujante aparición en su seno de entidades que vienen a prestar servicios de responsabilidad pública o sencillamente a desplegar actividades económicas, en uno y otro caso en régimen de Derecho Privado, acrecienta la dificultad.

Aquí estamos ante una empresa pública autonómica. La naturaleza jurídica de los caudales de las empresas públicas es materia controvertida. Su claro e indisimulable componente mercantil convive con el control que sobre ellas ejerce la Administración, en este caso autonómica. Se impone un esfuerzo de diferenciación entre la variada tipología de empresas públicas para alcanzar una conclusión sobre la condición de caudales públicos o no de sus fondos y patrimonio. Como es sabido en el horizonte actual proliferan en virtud del fenómeno ya aludido plásticamente bautizado como "huida del derecho administrativo": se busca la agilidad y operatividad del derecho privado y mercantil escapando de la rigidez y esquemas burocratizados de la actividad administrativa. El intervencionismo del Estado en la economía mediante actividades de esa naturaleza se realiza a través de organismos autónomos o de empresas públicas que también asumen funciones propias del órgano público. Las empresas públicas a su vez pueden ser sociedades de exclusivo capital público o sociedades de economía mixta en las que la Administración solo tiene una participación.

La Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, señala "*1.- En tanto legalmente no se disponga otra cosa acerca de la definición de Empresas públicas, [...] tendrán aquella consideración:*

a) Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta del Estado, de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones Locales o de sus Organismos Autónomos.

b) Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica, constituidas en el ámbito del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Corporaciones Locales, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado".

Concurren al diseño jurídico otras normas: el art. 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre que define el Sector público estatal, o la disposición adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y funcionamiento de la administración General del Estado, modificada por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Tal disposición introduce unas peculiaridades en el régimen de las sociedades mercantiles estatales.

Al estar ante una empresa surgida en el ámbito autonómico esas referencias estatales tienen solo un valor relativo. Es el ordenamiento autonómico el que debe ser escrutado para decidir la cuestión debatida que no está condicionada en absoluto por el hecho de que las empresas públicas se rijan por normas de derecho privado, actuando en el tráfico mercantil y las normas de derecho administrativo resulten inoperantes para el cumplimiento de sus fines. La pureza conceptual de otras ramas del ordenamiento se diluye en el derecho penal en función de los intereses tutelados.

Las empresas públicas mercantiles son parte del sector público como se sostiene el art. 4 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas y, en su ámbito, el art. 2 de la Ley General Presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre. Si las cuentas de las empresas públicas pueden ser fiscalizadas por el Tribunal de Cuentas al estar aquellas, inequívocamente incluidas en el sector público, también les alcanzará la función de enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran sus administradores.

Los argumentos relativos al control de las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, son predicables respecto de las sociedades mercantiles públicas. Jurídicamente la distinción se relativiza: ambas son conceptuadas como *empresas públicas*.

Sin embargo existen diferencias de relevancia entre unas y otras que para algunos implican la imposibilidad de asimilación. En las sociedades mercantiles, el Derecho privado despliega una mayor influencia bajo la forma societaria anónima. Ese influjo opera de manera distinta según la participación pública en el capital de la sociedad sea exclusiva o simplemente mayoritaria. Esto arrastrará consecuencias en la determinación de la naturaleza de sus fondos.

Respecto de estas sociedades, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, negó en algún lejano precedente el carácter público de su capital, bienes y mercancías, argumentando que la naturaleza de la sociedad es esencialmente mercantil y persigue una finalidad lucrativa, por lo que *"no hay razón alguna para hablar de caudales públicos"* (STS de 13 de marzo de 1992): *"[Se trata de] una sociedad mercantil concesionaria de un monopolio, con un fin lucrativo, gestionada mercantilmente y obtiene unos beneficios de los que tiene que abonar al Estado, a cambio de la concesión exclusiva, una parte y en sus órganos rectores hay una representación del Estado para velar por el cumplimiento del contrato y supervisar los resultados económicos. Y eso es todo y no es suficiente para atribuir a sus bienes, géneros comerciales, capital e ingresos el carácter de caudales públicos. Los pagos que se le hacen no se ingresan directamente en el Tesoro, ni los pagos que ella hace salen de las arcas públicas sino de su tesorería comercial como cualquier otra empresa mercantil. Sus géneros no están en un inventario público"*.

Pero en la doctrina se manejan otros parámetros. Unos de tipo funcional. Otros de realidad jurídica subyacente. Lo que podría privar del carácter público a los caudales de la sociedad no es tanto la naturaleza mercantil de la sociedad sino su condición específica de sociedad

anónima que comporta una diferenciación de personalidad jurídica. Eso conduce a convertir en difícilmente admisible que los fondos de las sociedades de economía mixta controladas por el Estado –aunque sean empresa pública- puedan considerarse públicos. Hay participación privada. La sociedad anónima es una sociedad siempre capitalista en la que apenas interesan las condiciones personales de los socios sino su participación en el capital social. En la sociedad anónima *patrimonio* y *capital* son conceptos diferenciados: Aquél es el conjunto de derechos y obligaciones de valor pecuniario pertenecientes a la persona jurídica social, no a los socios. El capital social es la suma escriturada de los valores nominales de las acciones. Sólo coincide necesariamente con el patrimonio en el momento fundacional. La sociedad anónima es una persona jurídica independiente de los socios. Por ello, la naturaleza jurídica del capital, que su origen determina, no mediatiza la naturaleza del patrimonio de la sociedad o, dicho de otro modo, el hecho de que el capital sea público no implica que el patrimonio también lo sea. El Estado puede tener la condición de socio y, con ella, independientemente de que sea o no el socio mayoritario, determinados derechos. Pero los fondos de la Sociedad no son del Estado o Administración.

Ahora bien cuando las Administraciones públicas utilizan la forma de la sociedad anónima de exclusivo capital público para la gestión de determinadas funciones y servicios cambia sustancialmente la perspectiva y el argumento aducido sería artificioso. El hecho de que el capital de la sociedad esté íntegramente desembolsado por el Estado, modifica ontológicamente la situación descrita respecto de las sociedades de economía mixta con capital público, mayoritario o no. De este modo si podría considerarse irrelevante para establecer la naturaleza de los caudales el que la participación pública sea mayoritaria o minoritaria, que se trate de una sociedad con exclusivo capital público sí resulta decisivo. Se produce una identidad entre patrimonio social y patrimonio del socio.

En estas empresas de capital exclusivamente público, la sociedad anónima aparece desvirtuada en aspectos esenciales, lo que determina que la naturaleza de los caudales de las sociedades con capital totalmente público guarden una gran semejanza con los de las entidades de derecho público.

Aunque formalmente los patrimonios no se confunden, resulta imposible mantener la naturaleza privada de los fondos de la sociedad, dado que, a diferencia de las sociedades mayoritariamente participadas por el Estado, el destino de *todos* sus caudales es el Erario Público, con lo que ha de sostenerse que, la naturaleza de dichos fondos es pública.

Cuando las sociedades de capital exclusivamente público desarrollen funciones asimilables a las públicas, entendidas en un sentido lato sus caudales tendrán carácter necesariamente público.

Así pues, dentro de las empresas públicas, las que tienen participación pública mayoritaria o no, no integran una base apta para hablar de fondos públicos: hay aportaciones privadas y al formarse el capital social con fondos también privados no puede identificarse éste con el concepto de caudales públicos. (SSTS de 13 de marzo o 15 de diciembre de 1992)

Ahora bien en relación a sociedades con exclusiva participación pública, el capital de la Compañía se identifica con el particular del accionista, es decir la Administración, con la consecuencia de poder considerarse el patrimonio social como caudal público a efectos del delito de malversación.

La jurisprudencia en algún caso ha alentado esa visión, no en relación a sociedades estatales con capital exclusivamente público, pero

sí en el ámbito local. La STS de 5 de febrero de 1993, considera públicos a efectos penales los fondos de las sociedades municipales o provinciales, aunque es justo reconocer que lo hace en atención, no solamente a que su capital sea exclusivamente público, sino a que los órganos de la sociedad vienen determinados por las normas de Derecho Administrativo y no por las de Derecho Privado y porque, además, desarrollan funciones públicas. Al hilo de la argumentación se contiene una interesante afirmación: *“si estos entes públicos afrontan los gastos de una entidad, aunque figure constituida como privada, y el capital por ella manejado pertenezca al ente público matriz, los fondos de aquélla son fondos públicos”*.

DÉCIMO QUINTO.- Tras estos meandros aproximativos que se antojaban indispensables volvamos a BITEL: hay que proceder a su disección desde esta perspectiva para comprobar si sus fondos eran caudales públicos. Eso exige tanto analizar la empresa como tal: su creación, funciones y vicisitudes; como detener la atención en la normativa autonómica que sirvió de base a su creación y funcionamiento.

BITEL se creó como empresa al servicio de la Administración Balear para atender y gestionar de una forma transversal un determinado tipo de servicios esenciales para el funcionamiento correcto de la actuación de toda la red de organismos y administraciones públicas de las Islas. La actividad externa de servicios a particulares no alcanzaba el 2%. Como destaca la Acusación Particular el porcentaje de contratación de BITEL por empresas públicas era superior al 99%. Se se efectuaba en base a encomiendas de gestión: BITEL estaba obligada a realizarlas tuviese pérdidas o beneficios. Por eso recibía subvenciones públicas para sufragar las pérdidas.

BITEL fué creada por la Administración Pública con la finalidad de asistirle en todos los temas telemáticos e informáticos, tanto en los aspectos técnicos como en los puramente materiales. Ese servicio así concebido y organizado, es función pública. Sin esa asistencia no se puede desarrollar la actividad de la Administración. Si esto se combina con la realidad de que a partir de julio de 2005 el capital social de BITEL era íntegramente público, quedan levantadas las piezas que conforman el armazón de los delitos de malversación de caudales públicos.

El recurrente ha insistido en las vicisitudes societarias de BITEL antes de esa fecha con la entrada y salida de algunos accionistas. Se trataba en su origen de una sociedad con capital mixto, aunque con mayoría pública.

En esa etapa podemos convenir que hay una falla que posiblemente no puede saltarse: hasta que todo el capital no se hace público es más que cuestionable que pueda hablarse de "caudales públicos". Sociedad y accionistas se diferencian.

Esto podría hipotéticamente llevar a excluir del delito de malversación las actuaciones sustractivas producidas antes del mes de julio de 2005 (que, por cierto, son muy reducidas respecto del total: la mayoría de las conductas enjuiciadas se sitúan cronológicamente en los años 2006 y 2007). Pues bien, la conclusión sería que junto al delito de malversación de caudales públicos habría que añadir un delito de apropiación indebida (art. 252) como postulaba el recurrente y sigue pidiendo en casación. Eso solo serviría para incrementar la pena: los hechos sucedidos antes de julio de 2005 constituirían un delito de apropiación indebida; y los acaecidos con posterioridad un delito de malversación (con idéntica calificación a la plasmada en la sentencia

pues la expulsión de los hechos anteriores no modifica la subsunción jurídica).

Es evidente que no solo lo más beneficioso para el reo, sino también lo más correcto penalmente es agrupar unas y otras acciones en un único delito continuado. Puede hablarse de "infracciones semejantes", como exige el art. 74.1 CP. La secuencia delictiva, sin solución de continuidad, aconseja sin duda alguna ese hermanamiento de unas y otras acciones. Su separación sería artificiosa, amén de perjudicar al reo.

A nivel autonómico la Ley de Finances de las Illes Balears (Decreto Legislativo 1/2005) apuntala esta conclusión: estamos ante caudales públicos. Ministerio Fiscal y Acusación Particular en su escrito conjunto de conclusiones definitivas se apoyan en tal norma (dicho sea incidentalmente: algunas de las menciones en la sentencia a las "singularidades" del escrito de conclusiones se refiere a que recoge este tipo de consideraciones jurídicas, lo que nada afecta al derecho de defensa: el recurrente ha aprovechado el "rebufo" de esas observaciones para reforzar el argumento de su primer motivo: pero es obvio que nada tiene que ver esa "anomalía" o "singularidad" con supuestas mermas del derecho de defensa; antes bien, al contrario).

El art. 1 de la citada Ley ubica en el sector público de la Comunidad Autónoma, entre otros entes a las sociedades mercantiles públicas de la Comunidad Autónoma.

Y es que BITEL no "contrata" con la Administración, sino que recibe "encomiendas de gestión" (art. 3.1.1) Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Precisamente esa realidad, a raíz de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de enero de 2005, obligó a excluir del accionariado de BITEL a cualquier

ente no público: el capital social tenía que ser al 100% público para mantener esas relaciones con la Administración Pública. Las Sociedades Mercantiles que reciben "encomiendas de gestión" debían ser absolutamente de capital público para que el poder de dominio sobre ellas de la Administración fuese absoluto.

BITEL como se concluía en el mentado escrito conjunto es una Sección de la Administración encargada de realizar todos los trabajos informáticos que aquella necesita. No puede rechazarlos por su dependencia orgánica, funcional y económica (art. 1 del Decreto Autonómico ya citado por el que se creó BITEL). No se persigue una finalidad comercial sino de servicios a necesidades de la administración.

Sus fondos son, así pues, caudales públicos: BITEL recibe los encargos de la Administración, sin someterse a las reglas de publicidad y concurrencia de la contratación pública y sin ajustes a los precios de mercado, porque es, en cuanto aquí nos interesa, parte del Sector Público Autonómico: es un medio propio de la Administración.

La huida del Derecho Administrativo no arrastra la desprotección de los fondos que materialmente son públicos.

Todo el motivo sexto con sus diferentes desarrollos ha de fenecer.

DÉCIMO SEXTO.- El motivo séptimo del recurso correrá **igual suerte desestimatoria** que los motivos tercero y sexto ya analizados. Sus elementos argumentativos son coincidentes. Si el recurrente careciese de la cualidad de funcionario no sería aplicable el art. 436 y si BITEL no es un ente público, deviene inaplicable también el tipo del art. 436.

Estando ya rebatidos esos argumentos, -el acusado a efectos penales es funcionario y BITEL era empresa pública con capital que acabó siendo íntegramente público- basta con remitirse a los respectivos fundamentos de derecho para desestimar también este motivo.

DÉCIMO SÉPTIMO.- A continuación y también por la vía del art. 849.1º LECrim cuestiona el recurrente la relación de concurso ideal establecida en la sentencia para los delitos de malversación (art. 432 CP) y fraude (art. 436 CP). Estaríamos, según su tesis, ante un concurso aparente de normas penales a resolver por el principio de consunción: el art. 432.1 absorbería el delito del art. 436 que no sería en definitiva más que un acto antecedente de la malversación, su preparación. De producirse en efecto la malversación ésta absorbería al fraude.

La cuestión suscitada reviste interés y ha sido objeto de debate doctrinal y respuestas jurisprudenciales no uniformes. La sentencia de la Audiencia se basa en unos precedentes jurisprudenciales que admiten el concurso de delitos y que son traídos a colación con acierto.

Conviene dejar fijado lo que dicen ambos preceptos para enfocar la discusión.

El art. 432 castiga a *la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.*

En el párrafo segundo se prevén penas de cuatro a ocho años de prisión cuando concurren ciertas circunstancias. Y en el párrafo tercero se

diseña un subtipo atenuado para los casos en que la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros: prisión entre seis meses y tres años, (además de multa y suspensión).

Por su parte el art. 436 contiene la siguiente tipicidad: *“La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de dos a cinco años.*

Obviamente la cuestión afectará exclusivamente al ahora recurrente y no a los demás condenados por este delito como cooperadores necesarios. Si se entiende que está embebido por el más grave de malversación, subsistirá la cualidad de cooperadores necesarios del delito absorbido de los partícipes (como el partícipe en las lesiones mantiene tal condición pese a que el autor en una acción atribuible exclusivamente a él respondiera por un delito de homicidio).

En ambos delitos aparece como sujeto activo una autoridad o funcionario público. Los dos se refieren a una conducta defraudatoria de carácter patrimonial.

En el delito del art. 432, además, se requiere ánimo de lucro y una modalidad sustractiva. La pena es en principio sensiblemente mayor, aunque para la perfección delictiva se exige el efectivo perjuicio o sustracción de los fondos o caudales.

La pena del delito del art. 436 es más leve, pero el delito se consuma con el mero concierto con la finalidad de defraudar sin que sea preciso que se consuma el fraude. Acota el ámbito en que ha de llevarse a cabo el fraude: actividad de contratación pública o liquidaciones de efectos o haberes públicos. Esa referencia hace necesaria una bilateralidad: el delito del art. 432 puede ser individual; el delito del art. 436 parece exigir un funcionario público y un interesado. Solo así se podrá hablar de “concierto” que es locución que implica aunar voluntades distintas. Es un delito por definición plurisubjetivo (sin entrar ahora en si ha supuesto algún cambio la tipificación en 2010 de manera expresa de la conducta del particular concertado). El art. 436 CP describe un delito de naturaleza netamente tendencial o de mera actividad, que viene a castigar verdaderos actos preparatorios, ya que no necesita para la consumación ni la producción del efectivo perjuicio patrimonial ni tan siquiera el desarrollo ejecutivo del fraude. Bastaría la simple elaboración concordada del plan criminal (concierto) o la puesta en marcha de ciertos artificios con la finalidad de llevarlo a cabo.

La unidad de bien jurídico evoca más bien el concurso de normas. Si se identifican objetos jurídicos diferentes será más fácil la admisión del concurso de delitos.

La reciente STS 841/2013, 18 de noviembre parece refrendar la tesis del recurso: *“Ello hace que la efectiva apropiación de caudales no pertenezca a la perfección del delito y debe sancionarse, como ha hecho la Audiencia en concurso medial con el delito de malversación de*

caudales públicos (véase, por todas, STS 1537/2003 de 27 de septiembre).

El recurrente que se limita a atacar la existencia del concierto delictivo, que se ha demostrado existió, sin embargo dentro del juicio de subsunción del delito de fraude en el art. 436 C.P., es posible acudir a un argumento, estrictamente jurídico, no invocado por este recurrente, pero sí por otros que se hallan en la misma o análoga situación.

Nos referimos a la absorción o consunción del delito o delitos de fraude, cuando todos los actos de concierto están dirigidos única y exclusivamente al delito de malversación de caudales públicos, que a su vez, se perfecciona y lleva a cabo, expoliando las arcas del Ayuntamiento de Marbella.

*La relación en que se encuentra el tipo penal de fraude y el de malversación es en el de **progresión cuantitativa**, de modo que el delito de fraude es un delito intermedio del delito de malversación de caudales públicos. Por ello, la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio, toda vez que la relación entre ambas normas penales (arts. 432 y 436 C.P.) es de progresión cuantitativa, como acabamos de decir.*

En esa progresión intensificadora del injusto se consume en el delito de malversación el desvalor de acción del acuerdo previo, produciéndose una unidad típica de acción, en la que se funden en una única valoración jurídica, las dos infracciones, y mucho más, cuando conforme con la opinión doctrinal mayoritaria en ambas se infringe el mismo bien jurídico.

Ello hace que la apreciación de una sola realización típica (la malversación) capte el contenido de injusto y culpabilidad de todo el hecho lo que no puede hacer el delito de fraude porque en él no se ha previsto el perjuicio.

5. *La escasa jurisprudencia aplicable al caso, no excluye, sino que al contrario refuerza la tesis que esta Sala mantiene. Las tres sentencias dictadas sobre el particular se contraen a:*

1) *STS 566/1995 de 16 de febrero. En ella se precisa la naturaleza jurídica del delito de fraude, tratando de delimitar el momento consumativo como delito de simple actividad que es. La proclamación efectiva del perjuicio patrimonial pertenece a la esfera del agotamiento del delito, por lo que no sería necesaria para la existencia del delito consumado.*

2) *La STS número 1537/2002 de 27 de septiembre, explica que es posible la condena por fraude y por malversación, cuando los hechos enjuiciados, unos no pasaron del concierto para defraudar y en otros se produjo efectivamente la defraudación.*

3) *La STS nº 257/2003 de 18 de enero, se limita a remitirse a la precedente de 2.002.*

De esta escueta jurisprudencia se concluye, que es posible la concurrencia de ambos delitos (concurso medial) cuando en unas actuaciones delictivas se realizan conductas objeto del concierto previo, que luego se consuman y otras que quedan en ese proyecto delictivo, que no pudo ser concluido.

En nuestro caso, sin apartarse de tales principios jurisprudenciales, se ha producido la plena consunción en el delito consumado de malversación de caudales, porque todos los pactos estaban única y exclusivamente dirigidos al objetivo malversador, que se consiguió plenamente. La concertación para defraudar se ha traducido en una lesión efectiva del patrimonio público, situación global, única que debe ser sancionada”.

La sentencia transcrita abre una brecha en lo que parecía -solo parecía- doctrina consolidada. Pero salva expresamente los precedentes jurisprudenciales. Habría concurso de delitos cuando hay operaciones

diferenciadas: junto a las que culminan con la apropiación o desvío de fondos (delito de malversación) otras abortadas en un estadio anterior, que por sí solas conformarían el fraude como delito autónomo.

Esa tesis presenta algún flanco débil. Significaría que cuando hay pluralidad de operaciones sería más leve el castigo (solo un delito de malversación continuado) si en todas las operaciones se hubiese alcanzado el fin ilegítimo pretendido; frente a los casos en que algunas quedaron frustradas (lo que en principio supone un menor desvalor), en que reaparecería el delito de fraude, como acto previo de la malversación no alcanzada. Doble penalidad cuando el desvalor es inferior. Esa secuela por su incomprensibilidad merece una reflexión.

La STS 199/2012, de 15 de marzo, abordaba también esta cuestión. Aunque no ofrece soluciones tajantes sugiere más bien la tesis del concurso de delitos: "*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. J.R.F. 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.*

La también reciente STS 696/2013, de 26 de septiembre se decanta abiertamente por la compatibilidad de ambas infracciones: *"1. Sostiene la recurrente que se ha producido el error iuris en la medida en que la aplicación de la norma penal de malversación permite comprender íntegramente el desvalor de la conducta, infringiéndose en otro caso el principio ne bis in idem. Así la inducción al fraude queda absorbida en la autoría del delito de malversación de caudales públicos, conforme al art 8.3 CP. Se considera que existe un concurso de normas, no de delitos, pues siendo el delito de malversación un delito doloso, el mismo hecho de cooperación o participación, que implica concierto con el autor y participación conjunta en el hecho no puede ser sancionado dos veces sin infringirle citado principio, al existir una sola acción volitiva y producirse en el plano objetivo una mera intensificación cuantitativa del injusto.*

2. La sentencia da respuesta, en su fundamento jurídico noveno, a la objeción de la recurrente, al señalar la compatibilidad entre el delito de fraude, delito de mera actividad que se consume con el concierto para defraudar y cuyo bien jurídico protegido es diferente. Además la compatibilidad con el delito de malversación ha sido

reconocida por la jurisprudencia en varias ocasiones, además de la que cita la sentencia recurrida, (STS. 16.2.1995).

Y, en efecto, como ya vimos, con relación al motivo sexto, es el de fraude un delito de mera actividad, que se consuma con que exista la concertación con el fin de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales no pertenece a la perfección del delito y debe sancionarse en concurso medial, siendo pues, compatible con el delito de malversación (Cfr. SSTS 7-9-2002, y 1537/2003, de 27 de septiembre)".

No se trata, por tanto, de cuestión pacífica en la jurisprudencia.

DÉCIMO OCTAVO.- En este supuesto tenemos que decantarnos por la dualidad delictiva que, por otra parte, tampoco ha de tener una relevancia penológica extrema. Ciertamente reduce el margen de recorrido punitivo, pero la pena única que se ha impuesto lo sería también si nos inclinásemos por la tesis del concurso de normas.

A favor del concurso de delitos milita en primer lugar la diferencia de bien jurídico detectable en ambos tipos. En la malversación predomina el bien jurídico patrimonio de la administración aunque combinado con un deber de fidelidad del funcionario y el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de la Administración. Es tópico en la doctrina hablar de esa doble naturaleza. Pero se subraya el contenido patrimonial. En la actualidad, tanto doctrina como jurisprudencia analizan este delito aludiendo a esa dualidad: observan en él un componente patrimonial, en cuanto se lesionan los intereses patrimoniales de la Administración, pero destacan junto a ello la deslealtad del funcionario, que infringe los deberes inherentes a la función que tiene encomendada.

Es verdad que la conducta típica consiste tanto en sustraer como consentir que otro sustraiga (modalidad esta segunda que parece acercarnos al fraude). Pero de cualquier forma basta la sustracción desnuda, aunque no vaya acompañada de artificio.

En el delito del art. 436 predomina como bien jurídico la transparencia y publicidad de la contratación de entes públicos. Por eso no se exige el efectivo perjuicio. Si éste se produce entrará en juego el otro bien jurídico lesionado: el de la malversación. La malversación no abarca el total desvalor de la conducta consistente tanto en el artificio y concierto con terceros (se lesionan los principios de objetividad y transparencia) como en el efectivo perjuicio del patrimonio público.

A esta razón apoyada en la diferencia de bien jurídico que normalmente es orientativa pero no definitiva, se unen otras de carácter intrasistemático. La coherencia punitiva invita a la doble calificación. Si fuese de otra forma, nos encontraríamos con el que delito de fraude que tiene asignada una pena de prisión de uno a tres años, además de la pena de inhabilitación, vería absurdamente reducida su sanción si consideramos que siempre queda consumido por la malversación, cuando ese concierto lograse su objetivo de efectiva defraudación y el monto de ésta no superase los cuatro mil euros (prisión comprendida entre seis meses y tres años además de una multa y suspensión). No es asumible esa consecuencia: un fraude sin perjuicio patrimonial producido merecería menos pena cuando sí se produjo también la lesión patrimonial, aunque lo fuera en cuantía moderada.

El problema presenta similitudes con otros supuestos dificultosos de concurso como el que de los delitos de estafa y alzamiento de bienes. También recientemente en este caso las consecuencias penológicas de una u otra solución llevaban a admitir el concurso real (STS 440/2012, de

25 de mayo), sustrayendo el supuesto de la disciplina del art. 8 CP: *"Un argumento de coherencia penológica refuerza definitivamente la opción por el concurso real de delitos. En el presente supuesto se ha condenado por un delito de estafa agravado del art. 250 castigado con penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Esa penalidad de este caso ahora examinado ensombrece el argumento, pues es superior a la del delito de alzamiento de bienes: prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Pero la solución que se ofrezca para esta cuestión ha de extenderse a todos los casos de estafa más alzamiento posterior (y, con ciertos matices, a otros casos de comisión de delitos o faltas contra el patrimonio que supongan enriquecimiento propio y ulterior insolvencia). Suscribir como respuesta una relación de consunción en que la infracción patrimonial anterior absorbe el posterior alzamiento lleva a dislates punitivos que no pueden asumirse. El alzamiento que tuviese como base una relación obligacional derivada de un contrato lícito y legítimo merecería más pena (prisión de uno a cuatro años y multa mínima de doce meses); que aquél que se produjese como secuela de un delito de estafa no agravada que, según la tesis de la consunción, quedaría absorbido por ésta mereciendo toda la conducta una única pena de prisión comprendida entre seis meses y tres años (art. 249). Esta perniciosa consecuencia es seguramente la que ha llevado a un sector doctrinal a dar prevalencia al principio de alternatividad (art. 8.4º) para resolver el supuesto. Estaríamos ante una consunción impropia según la terminología de algún autor, en la que el tipo preferente será el más penado. Pero en realidad lo que trasluce esa comparación de penas es que si se aplica solo una de las normas no se está contemplando todo el desvalor del injusto y el reproche de culpabilidad se queda corto. Si se aplica de forma excluyente uno de los dos tipos penales en aparente conflicto escapará parte del injusto al reproche penal. Sancionar exclusivamente con las penas del alzamiento de bienes a quien ha maquinado un ardid para lograr engañar a otro*

impulsándole a un acto de disposición en su beneficio; y luego extrae fraudulentamente de su patrimonio bienes para dificultar el debido resarcimiento, supone ignorar una relevante porción de injusto, negar trascendencia penal en ese caso a toda la actividad inicial defraudatoria equiparando esa conducta a la de quien sencillamente quiere eludir el pago de una deuda contraída a través de un negocio lícito".

Estas consideraciones se erigen en argumento decisivo para repeler el presente motivo: el concierto del art. 436 admite el concurso medial con el posterior delito de malversación de caudales públicos. Ni el principio de consunción ni el de alternatividad solventan satisfactoriamente esa cuestión. La diferenciación entre los bienes jurídicos alienta esa solución. No hay consunción, ni propia, ni impropia.

Es más, aquí incluso manejando con fidelidad absoluta la tesis de la STS 841/2013 habría que mantener el concurso de delitos en la medida en que algunas de las conductas que se encajan en el art. 436 no son precedente de una malversación

El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO NOVENO.- El motivo noveno merece ser estimado.

Por el tradicional cauce casacional del *error iuris* (art. 849.1º LECrim) se ataca la calificación como delito de prevaricación.

El delito de prevaricación pivota en la sentencia de instancia en las contrataciones acordadas en virtud de criterios arbitrarios o no ajustados a la normativa.

El recurrente razona que no se trata de resoluciones recaídas en **asunto administrativo** como exige el art. 404 CP.

En verdad en esas operaciones el recurrente vulneró los principios de publicidad y concurrencia a que venía sometido. Pero no estamos ante un "asunto administrativo". La extensión del tipo del art. 404 CP supondría rebasar, más que bordear, las exigencias del principio de legalidad.

Desarrolla el recurrente su argumentación con solvencia y solidez, como todo su recurso lo que ha sido objeto de justa alabanza en el dictamen del Fiscal, que, por otra parte, es totalmente impugnatorio. BITEL era una empresa sometida al derecho privado. La presencia de capital público, aunque fuese mayoritario, no altera la naturaleza de su actuación en el ámbito mercantil. Una cosa es que tales sociedades estén sometidas a los principios de publicidad y concurrencia en su actividad de contratación y otra que eso mute la naturaleza jurídica de su actuación. Lo razona de forma suasoria el recurrente. El sometimiento a los dos expresados principios en la contratación por parte de ese tipo de sociedades estaba previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Su Disposición Adicional Sexta rezaba así: *"Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus Organismos autónomos, o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios"*.

Dicha redacción estuvo en vigor hasta el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, en el que, se le dio a la nueva redacción: *"Las sociedades*

mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que lo naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios".

No por el hecho de que dicha contratación deba sujetarse a los principios de publicidad y concurrencia, se convierte en una contratación propia de Administraciones Públicas u Organismos Autónomos. Por ende, no cabe hablar de "*asunto administrativo*". Precisamente que deban extenderse expresamente por ley tales principios a la actuación de esos entes es señal de que no se trata de actividad administrativa, sino puramente mercantil, sometida al derecho privado. Eso no viene alterado ni por la consideración jurídico penal del recurrente como funcionario, ni por la naturaleza pública de los caudales. El concepto de "*asunto administrativo*" que maneja el Derecho Penal no se ajusta estrictamente a las categorías ajenas a él. Pero no llega al punto de atraer a ese campo actos sometidos exclusivamente al Derecho Privado aunque con esos condicionantes.

VIGÉSIMO.- En el motivo décimo canalizado por igual vía casacional –art. 849.1º LECrim-, con un carácter subsidiario respecto de anteriores motivos, se postula la sustitución de la condena por el delito del art. 419 CP por un delito del art. 425.2 del mismo cuerpo legal. Se habla siempre de los tipos vigentes en el momento de comisión de los hechos y no de su disciplina actual que, como es bien sabido, varió significativamente, en especial en cuanto a su ordenación y penalidades, en la reforma de 2010.

Se dice que los hechos probados no ofrecen la base suficiente para entender que el pago o retribución –comisión- se encaminase a la realización del delito. Más bien se trataría de una recompensa posterior; no causal.

El motivo se derrumba con más someras apreciaciones: entre los arts, 419 y 425.2 las diferencias no estriban en el momento en que se efectúa el pago, sino en el motor de la acción constitutiva de delito. El segundo habla de “recompensa” por el acto delictivo ya realizado. De su radio de acción hay que excluir todos aquellos casos en que esa “recompensa” posterior estuviese ya previamente solicitada, exigida, pactada o prometida. En tal tipo especial se incardinan tan solo los pagos posteriores no pactados. Cuando ya existe **promesa** o exigencia de recompensa hay que reconducir los hechos al art. 419.1 antiguo. Eso sucede aquí.

El cohecho subsiguiente (anterior art. 425.2) -y esto es una afirmación habitual en los comentaristas- requiere que la recompensa o dádiva no haya sido solicitada, aceptada o pactada antes de la realización del acto. En cualquiera de esos casos estamos ante un cohecho antecedente. La dicción del art. 419 a este respecto es cristalina al referirse expresamente a la "promesa" o "solicitud". Hoy ya están plenamente equiparados unos y otros supuestos (arts. 419 y 421).

El motivo claudica.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Se pretende, usando también como palanca el art 849.1º LECrim dotar de rango cualificado a la atenuante de reparación (motivo undécimo).

Conviene abordar tal motivo conjuntamente con el siguiente (duodécimo) que, con el apoyo de éste, postula una degradación penológica superior a la efectuada en la instancia.

La presencia de dos atenuantes (reparación y dilaciones) llevó a la Audiencia a rebajar en un grado las penas imponibles. El recurrente aduce que concurrirían razones para la doble degradación autorizada por el CP. La Audiencia justifica su opción amparándose en el escaso relieve de las atenuantes: la reparación no es total; las dilaciones se explican en gran medida por la complejidad de la causa y no son tan extraordinarias: la declaración como imputado se tomó el 21 de abril de 2008. La sentencia está fechada en diciembre de 2012.

Nótese que el destino del primero de estos dos motivos emparejados, no condiciona necesariamente el del segundo: es factible considerar que la atenuante es simple y, sin embargo, proceder a la doble degradación; y lo es también otorgarle carácter cualificado y considerar correcta la degradación única. El art. 66.1.2ª CP equipara todos los casos de apreciación de dos o más circunstancias atenuantes, sean o no muy cualificadas, confiando al arbitrio judicial la procedencia de descender uno o dos escalones en atención al *número y entidad de dichas circunstancia atenuantes*.

Por tanto no es tan trascendente el primer paso (motivo undécimo) de la argumentación.

La base fáctica sobre la que la sentencia edifica la atenuante es la siguiente: *"El día 30 de marzo de 2012 Damián Vidal consignó, por ingreso en la cuenta de esta Sección Segunda de la Audiencia, la cantidad de cien mil euros (mediante cheque bancario) "al objeto de proceder a su consignación para cubrir las responsabilidades civiles*

que, en su caso, pudieran declararse respecto del Sr. Vidal por las operaciones llevadas a cabo por la entidad Hélix Infocom S.L, comprometiéndose esta parte a cubrir el eventual exceso si lo hubiere bien a través del aval constituido en el año 2008, bien a través de una nueva consignación, pudiendo, en su consecuencia, liberarse y reintegrarse al Sr. Romaguera la suma que por ese mismo concepto fue por él consignada" En el año 2008 ya había presentado aval bancario al exigírsele el afianzamiento de las eventuales responsabilidades civiles que pudieran declararse".

A ello se añade la entrega de 12.266 euros en el momento de la liquidación de cuentas realizada con motivo de su cese.

Dice el recurrente que la constitución de un aval por importe de 700.000 euros de la Caja de Ahorros debe contemplarse con mayor indulgencia: tanto por su cuantía –que sobrepasa las cantidades fijadas como indemnización-, como por su cronología –se hace nada más comenzar el procedimiento-. Además está complementado por la consignación de cien mil euros y la cantidad entregada como liquidación. Merecía todo ello una consideración más generosa pues se exterioriza un esfuerzo reparador notable.

Se aduce que la forma caótica en que la entidad perjudicada ha realizado las operaciones para contabilizar el perjuicio real ha impedido un efectivo pago anticipado, por no conocerse el saldo concreto que se reclamaba.

Ni la atenuante merece ser cualificada, ni hay base suficiente para distanciarnos de la sentencia en una cuestión fundamentalmente discrecional (individualización penológica) determinado una rebaja en

dos grados en lugar de uno, operación que no contaría con base justificativa suficiente.

La constitución de un aval dista mucho de ser un pago efectivo. Y el recurrente persiste en discutir cantidades y regatear cifras: no hay una reparación efectiva anticipada clara. Tan solo un pago parcial combinado con una garantía que sencillamente ha evitado que el Juzgado asegurase las responsabilidades civiles por otras vías. La excusa de la ausencia de una liquidación precisa no justifica la diferencia entre las indemnizaciones fijadas en la sentencia (a ellas hay que estar y no a las estimaciones *pro domo sua* del recurrente) y la cifra efectivamente consignada.

No hay factores diferenciales respecto a una atenuante simple (podría hablarse de cualificación en caso de reparación íntegra o incluso superior –incluyendo intereses–, así como de prontitud en la puesta a disposición del perjudicado).

La ausencia de cifras exactas podría disculpar que no se hubiese alcanzado íntegramente el monto total, pero no una diferencia tan significativa entre lo consignado y la indemnización fijada: no evoca esa conducta la actitud de quien, sabiendo el daño patrimonial causado, está dispuesto al resarcimiento íntegro, sino más bien la de quien, conociéndolo, está tanteando para abonar tan solo el mínimo imprescindible, para no pagar ni un solo euro más de lo que se vea estrictamente obligado por la sentencia, confiando en que algunas cantidades no podrán acreditarse. Razonamientos en esa línea afloran a lo largo de todo el recurso de casación. Son legítimos pero reflejan una actitud poco idónea para modelar una atenuante cualificada.

Concorre la atenuante pero no puede otorgársele eficacia privilegiada.

Idénticos razonamientos sirven para descartar la doble degradación: las dilaciones no han sido especialmente significativas y venían en gran medida justificadas por la complejidad de la causa. Es prudencial la rebaja en un único grado: el fundamento de derecho octavo de la sentencia alude a la escasa entidad de las dos circunstancias en estimación que es correcta tal y como se razona.

Estos argumentos cierran la viabilidad de ambos motivos.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El décimo tercero y último de los motivos del recurso protesta por la ausencia de motivación de la individualización penológica. Pese a que en el delito de cohecho ha optado por el mínimo legal, en los delitos de malversación y fraude y prevaricación la Audiencia habría buscado extensiones superiores al mínimo, sin justificación suficiente.

Siendo adecuada la invocación del art. 120.3 CE no sobraba una referencia al más específico art. 72 CP en el que cristaliza a nivel legal ese deber constitucional de motivación proyectado específicamente sobre los aspectos penológicos.

a) En cuanto el delito de prevaricación sobra toda argumentación. La queja queda vacía de contenido desde el momento en que se ha estimado un motivo anterior que conlleva la expulsión del pronunciamiento condenatorio esta tipicidad.

b) En lo atinente al concurso ideal entre la malversación y el fraude el incremento penológico es moderado respecto del mínimo posible (dos

años, siete meses y quince días). Se fija una duración de tres años de prisión: un aumento de cuatro meses y quince días cuando era posible llegar a una pena de cinco años, dos meses y veinticuatro días. Es decir se agrava cuatro meses y quince días cuando podrían haberse añadido hasta dos años, siete meses y catorce días. Las proporciones de la pena de inhabilitación son similares.

La razonable hipótesis de conductas menos graves con igual tipificación penal y la necesidad de evitar una igualación por debajo de supuestos muy diferentes representa una explicación suficiente de la muy moderada elevación de la pena privativa de libertad sobre el mínimo posible realizada. No hacen falta más justificaciones. Igual penalidad en abstracto estaría anulada a tres actos malversadores con una cantidad total defraudada 6.000 euros v.gr. Es obvia la razonabilidad de ese ligero aumento respecto del mínimo aunque sea solo para reservar espacios penológicos para conductas manifiestamente menos graves y perfectamente imaginables.

Las razones en definitiva son deducibles de la sentencia. En el terreno de la concreción última del *quantum* penológico no es exigible una expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud la extensión elegida (vid. STC 28/2007, de 12 de febrero y STS 578/2012, de 26 de junio).

Siendo fácilmente subsanable, si es que se puede decir que existe, el supuesto déficit motivador se impone la **desestimación del motivo** con arreglo a la doctrina de esta Sala que ha declarado que el defecto de motivación puede ser enmendado en casación en aras del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas cuando de los propios datos que contiene la sentencia pueden deducirse las razones -en este supuesto casi obvias- que justifican la opción del Tribunal.

c) Por fin se dice que el monto de la multa por el cohecho -60.000 euros- se ha establecido arbitrariamente. Si contemplamos el arco punitivo total y la solvencia económica demostrada por el recurrente la multa no puede reputarse desproporcionada. Las dádivas según los hechos probados ascienden a 44.990 euros, como mínimo, conforme a la fijación prudencial que hace la Audiencia Provincial sobre lo que hemos disertado con anterioridad. El art. 419 nos habla de una pena de multa comprendida entre el tanto y el triplo. En la individualización de las penas de multa proporcionales, como ésta, prima según criterio legal "la situación económica del culpable" (art. 52.2 CP).

Las penas de multa proporcionales son divisibles aritméticamente, aunque jurídicamente la división bipartita tenga escasa relevancia por la mentada regla del art. 52.2 CP. Tal pauta orientadora, sin embargo, no bloquea ni la dosimetría especial de la continuidad delictiva del art. 74 CP; ni a la de los supuestos de concurrencia de varias atenuantes de forma que se permitiría rebasar el mínimo por necesidad de bajar la pena uno o dos grados. Ambas reglas, y no solo una como dice la sentencia, juegan en este caso.

Si el triplo alcanza 134.970 euros, la mitad superior (art. 74.1) empieza en 89.730 euros. La rebaja en un grado derivada de las dos atenuantes (art. 66) convierte en ajustada a las reglas dosimétricas la cuantía elegida por la Sala de instancia que es de 60.000 euros, aunque en el razonamiento se haya deslizado un error al negar la aplicabilidad de la regla del art. 74.1 CP. Como se ha eludido la pena de comiso de esas dádivas (art. 431 CP), quizás porque no estuviesen bien concretadas, se cuenta con una poderosa razón para una cuantificación no raquílica de la multa, (el mínimo sería de 44.865 euros) como la efectuada por la Sala de

instancia, máxime cuando está bien demostrada la solvencia económica del recurrente.

VIGÉSIMO TERCERO.- Procede la declaración de oficio de las costas procesales al haberse estimado parcialmente el recurso.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **DAMIÁN VIDAL RODRÍGUEZ**, contra Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que condenó al recurrente por los delitos de malversación de caudales públicos, de fraude a la Administración, de prevaricación y de cohecho (del art. 419 del CP), **por estimación del motivo noveno de su recurso y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia** con declaración de las costas de este recurso de oficio.

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

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

Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García

Perfecto Andrés Ibáñez

748/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio del Moral García

Fallo: 14/01/2014

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA Nº: 166/2014

Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Perfecto Andrés Ibáñez

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 veintiocho de Febrero de dos mil catorce.

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº Diez de los de Palma de Mallorca y que fue seguida por delitos de falsificación de malversación, defraudación, cohecho y fraude contra Damián Vidal Rodríguez, Ramón de la Iglesia Vidal, Iván Guardia Hernández, Sebastián Romaguera González, y Miguel Simonet Guijón, teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen y bajo la Presidencia del Primero y la Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García, se hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la Sentencia de instancia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se declaran probados en el apartado tercero 5 en relación con los apartados primero y segundo de la resultancia fáctica de la sentencia de instancia no son constitutivos de un delito de prevaricación, tal y como se ha justificado en la sentencia precedente lo que llevará a la absolución del acusado por tal infracción, declarando de oficio la correspondiente parte de las costas procesales.

III. FALLO

Que debemos **ABSOLVER** y **ABSOLVEMOS** a **DAMIÁN VIDAL RODRÍGUEZ** del delito continuado de prevaricación por el que venía siendo acusado, declarando la correspondiente parte de las costas de oficio.

Se mantienen todos los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente.

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

Joaquín Giménez García Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García

Perfecto Andrés Ibáñez

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