

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LAS ILLES BALEARS
Sala de lo Civil y Penal**

CAUSA PENAL 1/09

Dimana de:

Pieza Separada de las D.P. 1/08 para el enjuiciamiento de los Sres. Martín, Vicens y Nicolaú.

DELITO: MALVERSACION DE CAUDALES PUBLICOS DEL ART. 432 DEL CODIGO PENAL EN CONCURSO CON UN DELITO DE PREVARICACION ADMINISTRATIVA DEL ARTICULO 404 DEL CODIGO PENAL.

PARTE QUERELLANTE: Ministerio Fiscal;

IMPUTADOS: D. Bartolomé Vicens Mir; D. Tomás Martín San Juan; D. Damián Nicolau Ferrá.

S E N T E N C I A N º 4

**Presidente Excmo. Sr.
D. Antonio José Terrasa García
Magistrados Ilmos. Sres.
D. Francisco Javier Muñoz Jiménez
D^a. Felisa María Vidal Mercadal**

En Palma de Mallorca a diecisiete de diciembre de dos mil nueve.

Visto ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, la Causa Penal nº 1/09, seguido por delitos de malversación de caudales públicos del art. 432 del Código Penal en concurso con un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal contra D. Bartolomé Vicens Mir con D.N.I. nº 42.965.023-B, mayor de edad, representado por la Procuradora Doña Margarita Jaume Noguera y defendido los Letrados D. Eduardo Valdivia Santandreu y Don Jaime Campaner; D. Tomás Martín San Juan, con D.N.I. nº 534.0581-G, mayor de edad, representado por la Procuradora Doña Ana María Vicens Pujol y defendido por los Letrados D. Caspar Oliver y D. Ricard Mesquida; y D. Damián Nicolau Ferrá, con D.N.I. nº 18.221.309-L, mayor de edad, representado por el Procuradora D. Fernando Rosselló Tous y defendido por el Letrado D. José Manuel Valadés.

Es Magistrado-Ponente, que expresa el parecer de la Sala, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Muñoz Jiménez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Las presentes actuaciones se incoaron el 2 de julio de 2009 por el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor por Auto dictado en las Diligencias Previas nº

1/08 en la que en su parte dispositiva acordaba: “**1º.- FORMAR LA PIEZA SEPARADA** prevista en la regla 6ª del artículo 762 de la LECRI. para el enjuiciamiento de los imputados D. Bartolomé Mir Vicens, Don Tomás Martín San Juan y D. Damià Nicolau Ferrà por los Hechos relatados por el Ministerio Fiscal en su escrito de 28 de mayo de 2009, que podrían ser constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal en concurso con un delito de Prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal. **2º-** Tener en ella como partes al Ministerio Fiscal y a los tres referidos imputados. **3º-** INCLUIR en dicha pieza testimonio de esta resolución, de los folios 2.849 a 2.855 y 6.286 y de lo solicitado por el Ministerio Fiscal que incluye testimonio de la totalidad de las declaraciones judiciales y policiales de los tres imputados; copia de todo el expediente de contratación y trabajo remitido por el C.I.M. así como de lo aportado por las defensas y el Ministerio Fiscal y DAR un término de dos audiencias para que éste y los imputados puedan solicitar la adición de los testimonios que interesen de lo obrante en la causa principal”.

Segundo.- Formada la correspondiente pieza separada y unidos a ella los testimonios solicitados, el Instructor dictó Auto de fecha 15 de julio en la que en su parte dispositiva se acordó seguir el procedimiento por el cauce del artículo 780 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ordenar que se dé traslado de las diligencias previas contenidas en la pieza separada al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de diez días, solicite la apertura de juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias.

Tercero.- El Ministerio Fiscal, en fecha 28 de julio de 2009 presentó escrito, en el que evacuado el trámite conferido por el auto de 15 de julio de 2009, dice: *“Que con suspensión del trámite para formular acusación el Fiscal interesa que se lleven a efecto las siguientes diligencias: PRIMERA: Que se haga el ofrecimiento de acciones legales al Consell Insular de Mallorca como administración perjudicada por la malversación a fin de que pueda personarse antes del final de la instrucción y, en su caso, formular acusación. SEGUNDA: Que se oficie al Consell Insular de Mallorca a fin de que por dicha administración se certifique: 1.- Con cuantos técnicos contaba en Enero de 2007 capaces de valorar el precio de inmuebles. 2.- También deberá certificarse si en la propia Consellería de Territorio trabajaban técnicos capaces de realizar valoraciones de inmuebles. 3.- Deberá certificarse igualmente si en el Departamento de Carreteras u otro existía una unidad, servicio o técnicos que realizan valoraciones en relación a procedimientos de expropiación. 4.- Se certificará igualmente si en la Consellería de Hacienda trabajaban técnicos capaces de emitir valoraciones sobre inmuebles. TERCERA: Que se reclame de la entidad DYRECTO CONSULTORES una certificación sobre: .-si un estudio de Miriam Peláez Corominas para Dyrecto Consultores sobre la venta de suelo y la presión compradora fue presentado en SIMA '06 (Salón Inmobiliario de Madrid),*

en qué fecha se hizo y si tras ello dicho estudio era accesible al público. – qué estudios realizó Miriam Peláez Corominas para Dyrecto Consultores antes de 2008 sobre el valor del suelo y en que fecha fueron públicos. En especial dicha certificación debe alcanzar a los trabajos: “La Presión Comprador, estudio del mercado de suelo en España. Tendencias del precio de venta del suelo y evoluciones por trimestres 2006” al parecer realizado en Diciembre de 2006. Y otro de título similar al parecer realizado en Noviembre de 2006. Para la solicitud de las certificaciones procede dirigirse a DYRECTO ASESORIAS FINANCIERAS, Aguere 9, Santa Cruz de Tenerife, C.P. 38005, Teléfono 902 120 325. A la atención de Joaquín Cruchaga Nieto o a DYRECTO ASESORIAS FISCALES Avenida Marítima, 25, C.P. 38190 EL ROSARIO (TENERIFE), Santa Cruz de Tenerife, Teléfono: 902 120 325. CUARTA: Que se oficie a la Policía Judicial a fin de que averigüe los datos de filiación y domicilio completos de JOAQUIN CRUCHAGA NIETO y de MIRIAM PELAEZ COROMINAS para permitir su correcta citación al Juicio Oral. Para ello deberá facilitarse la información de que ambos trabajan en la empresa ya reseñada Dyrecto Consultores y los datos de ésta”.

En fecha 28 de julio de dos mil nueve el Magistrado Instructor dictó providencia accediendo a lo solicitado, providencia que fue recurrida por la representación procesal de D. Bartolomé Vicens Mir alegando la nulidad de la providencia con fundamento en el artículo 238-3º-LOPJ, oponiéndose al mismo el Ministerio Fiscal.

Dicho recurso fue desestimado por el Ilmo. Sr. Instructor en Auto de fecha 15 de septiembre de 2009.

Cuarto.- El 18 de septiembre de 2009, el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación del tenor literal siguiente: “*El Fiscal en la Pieza Separada del Procedimiento Abreviado que con el número 1/2008 se tramita ante esta Sala de lo Civil y Penal de conformidad con el artículo 790.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal solicita la apertura de Juicio Oral ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior contra 1.- Bartolomé Vicens Mir 2.- Damiá Nicolau Ferrá 3.- Tomás Martín San Juan y formula el presente ESCRITO DE ACUSACION: 1º.- **Bartolome Vicens Mir** mayor de edad, con DNI. 42.965.023-B, sin antecedentes penales y en libertad de la que no ha estado privado por esta causa; a principios de 2007 mientras ocupaba el cargo de Conseller Ejecutivo del Territorio del Consell Insular de Mallorca decidió de manera arbitraria beneficiar con fondos públicos a Tomás Martín San Juan con quien tenía antigua amistad y a quien quería favorecer por los servicios y colaboraciones prestadas y también como medio de mantener su fidelidad. Con dicha finalidad llevó a cabo las gestiones necesarias para que se creara un expediente de contratación y se le pagara una cantidad por servicios que eran innecesarios para la administración y que no entrañaban ni trabajo para su amigo ni utilidad alguna para la administración que los pagaba. Para ello convenció al Director*

*Insular a él subordinado **Damiá Nicolau Ferrá**, mayor de edad, con DNI: 18.221.309-L, sin antecedentes penales y en libertad de la que no ha estado privado por esta causa; para que emitiera los informes y dictámenes pertinentes sobre la necesidad de dichos trabajos y así dar una cobertura jurídica a dicha contratación para que pudiera superar los controles administrativos. Damiá Nicolau Ferrá actuando como Director Insular se prestó a ello dictando cuantas resoluciones e informes fueron necesarios y de este modo se pudo realizar el expediente de contratación 2007 55 43240 22706 623 por valor de 12.020,24 € y del que únicamente se ofreció la posibilidad de realizar dicho contrato a Tomás Martín San Juan sin que se recurriera a ningún servicio o técnico del propio Consell Insular. **Tomás Martín San Juan** mayor de edad, con DNI: 534.0581-G, sin antecedentes penales y en libertad de la que no ha estado privado por esta causa; pese a comunicar que no tenía conocimientos ni preparación para dicho estudio realizó el trabajo para el que había sido contratado y lo hizo mediante la copia y selección de diversas fuentes de información pública y gratuita que la propia Conselleria del Territori del Consell Insular de Mallorca le facilitó. Bartolomé Vicens Mir como conseller ejecutivo del Territorio del Consell Insular de Mallorca autorizó la contratación arbitraria y ordeno el pago de la cantidad presupuestada con pleno conocimiento de que el trabajo era inútil e innecesario y con la convicción de que a él, personalmente, le era más favorable congraciarse con Tomás Martín San Juan y que este mantuviera agradecimiento y buena relación hacia él. El acusado Tomás Martín San Juan en fecha 25 de mayo de 2009 (antes de su primera declaración judicial como imputado sobre estos hechos) compareció voluntariamente ante el instructor y presentó un escrito en el que reconocía los hechos investigados y su participación en ellos y realizó un ingreso de 12.020,24 euros (la cantidad percibida) en la cuenta de depósito y consignaciones judiciales. 2º.- Los hechos descritos constituyen un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 del Código Penal y un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal. Ambos en concurso de medio necesario del artículo 77 del Código Penal. 3º.- Son responsables los acusados en relación al delito mencionado del siguiente modo: a).- Bartolomé Vicens Mir es responsable en concepto de autor material del delito de malversación de caudales públicos y del delito de prevaricación administrativa conforme al artículo 28 del Código Penal. b.- Damiá Nicolau Ferrá es responsable en concepto de autor en tanto que cooperador necesario de los delitos de malversación de caudales públicos y de prevaricación administrativa conforme al artículo 28 párrafo segundo b) del Código Penal. c.- Tomás Martín San Juan es responsable en concepto de autor en tanto que cooperador necesario del delito de malversación de caudales públicos conforme al artículo 28 párrafo segundo b) del Código Penal. 4º.- No concurre ninguna circunstancia modificativa para los acusados Bartolomé Vicens Mir y Damiá Nicolau Ferrá. Respecto de Tomás Martín San Juan concurren: a).- La circunstancia de no ostentar la cualidad de funcionario público en relación al delito de malversación de caudales públicos tal como se contempla en el artículo 65.3 en relación con el 432.1 ambos del Código Penal. b).- La circunstancia*

atenuante de reparación del daño como se recoge en el artículo 21.5º del Código Penal. c).- La circunstancia atenuante analógica a la de confesión prevista en el artículo 21.6º en relación con el 21.4ª del Código Penal. 5º.- *Procede imponer las siguientes penas: a) A Bartolomé Vicens Mir las de 4 años y 6 meses de prisión, e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años por el delito de malversación y la de inhabilitación especial para todo empleo o cargo público (local, autonómico o estatal) por tiempo de 8 años y 6 meses. b).- A Damiá Nicolau Ferrá las de 3 años y 2 meses de prisión, e inhabilitación absoluta por tiempo de 8 años por el delito de malversación y la de inhabilitación especial para todo empleo o cargo público (local, autonómico o estatal) por tiempo de 8 años y 6 meses. c).- A Tomás Martín San Juan las de 9 meses de prisión, e inhabilitación absoluta por tiempo de 1 año y 6 meses por el delito de malversación. Los tres acusados conjunta y solidariamente responderan del pago de la cantidad malversada de 12.020,24 € a favor del Consell Insular de Mallorca. PRIMER OTROSI DICE: Para el acto del Juicio Oral propone como medios de prueba: Interrogatorio de los acusados por el siguiente orden: 1.- Bartolomé Vicens Mir 2.- Damiá Nicolau Ferrá 3.- Tomás Martín San Juan. Testifical: Por citación judicial de: Miriam Peláez Corominas (cuyo domicilio consta en oficio de la Guardia Civil de 10-8-09 nº 1415) Joaquin Cruchaga Nieto (cuyo domicilio consta en oficio de la Guardia Civil de 10-8-09 nº 1416) Apolonia Serra Barceló (folio 45) John Leaners (cuyo domicilio consta en folio nº 1210 del Tomo V de la causa principal). Jutta Delgado López (folio 51). Documental: Por lectura de lo siguientes documentos: 1º.- Estudio sobre el valor del suelo (folios 121 a 138). 2.- Estudio de Dyrecto coincidente con el anterior (folios 158 a 173) 3.- Impresión del BOE coincidente con el texto del estudio (folios 142 a 150) 4.- Impresiones de paginas web coincidentes con el texto del estudio (folios 174 a 175) 5.- Expediente administrativo de contratación (folios 121 a 138) 6.-Consignación judicial de la cantidad percibida (folio 180). 7.- Hojas histórico penales (folios 197 a 198) 8.- Certificación de Dyrecto sobre estudios. 9.- Estudios remitidos por Dyrecto 10.- Certificaciones del Consell Insular de Mallorca sobre la existencia de técnicos capaces de efectuar el estudio en la propia administración. 11.- Cuantos documentos obren en la causa o a ella se incorporen. PRIMER OTROSI DICE: Que solicita que se contemple la presente pieza separada mediante testimonio de los siguientes particulares de la pieza principal: a) Folios 5353 a 5357 del Tomo XV que contienen la declaración judicial como imputado de Bartolomé Vicens Mir de 26-5-09. b) Folios 1325 a 1327 del Tomo V que contienen la declaración judicial como imputado de John Leaners. C) Folios 1210 a 1213 del Tomo V que contienen la declaración policial como imputado de John Leaners. d) Folios 1230 a 1232 del Tomo V que contienen la declaración como testigo de Jutta Delgado López”.*

Quinto.- Por auto de fecha 22 de septiembre de 2009, el Magistrado Instructor, acordó: “1º.- Únase el escrito de acusación del Ministerio Fiscal a la presente Pieza Separada. 2º.- Se acuerda la APERTURA DEL JUICIO ORAL en la presente pieza separada contra D. Bartolomé Vicens Mir, D. Damiá Nicolau

Ferrá y D. Tomás Martín San Juan. Hágase entrega de copia del escrito de acusación, y dése traslado de las actuaciones, mediante fotocopia, a las respectivas Defensas, para que, en el plazo común de DIEZ DÍAS presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas. 3º.- Se mantiene la situación personal de D. Bartolomé Vicens Mir acordada en la pieza principal y se decreta la libertad provisional de los demás acusados sin más obligación que la de presentarse siempre que fueren llamados ante este Instructor o Tribunal que conozca de la causa. 4º.- El órgano competente para el conocimiento y fallo de la presente causa es la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears”.

Sexto.- En cumplimiento a lo dispuesto por la anterior resolución, se presentaron los siguientes escritos de defensa:

1º.- El 9 de octubre de 2009 por la Procuradora Doña Ana María Vicens en nombre y representación de Don Tomás Martín San Juan se presentó escrito del siguiente tenor literal: “*Que evacuando el traslado conferido al efecto, paso a formular escrito de defensa a tenor de las siguientes conclusiones provisionales: 1ª a la 1ª. Tomás Martín San Juan, mayor de edad, con D.N.I. 53.405.581-G, sin antecedentes penales y en libertad de la que no ha estado privado por esta causa, a principios del año 2007 recibió por parte de Bartolomé Vicens Mir, como Conseller Ejecutivo del Territorio del Consell Insular de Mallorca, una oferta para realizar un estudio para dicho organismo sobre “el valor del suelo en la Isla de Mallorca”, por el que recibiría la cantidad de 12.020,24 euros. Pese a comunicarle al Sr. Vicens que no tenía conocimientos ni preparación para dicho estudio, realizó el trabajo para el que había sido contratado, recibiendo indicaciones desde la Conselleria de las páginas web que podía utilizar para la redacción del estudio. Así, el Sr. Martín San Juan elaboró el estudio copiando el contenido del mismo de las páginas web que le habían sido indicadas, fuentes de información pública y gratuita que la propia Conselleria del Territori del Consell Insular de Mallorca le facilitó. Una vez entregado el estudio y sin que le pusieran objeción alguna, recibió el día 9 de marzo la resolución firmada por el Secretaria Técnico del Departamento de Territorio en la que se le comunicaba la aprobación del expediente y la autorización para el pago de 12.020,24 euros previa presentación de la factura correspondiente, recibiendo en su cuenta corriente el importe de la misma. El acusado Tomás Martín San Juan en fecha 25 de mayo de 2009, antes de su primera declaración judicial como imputado sobre los hechos, compareció voluntariamente ante el instructor y presentó un escrito en el que reconocía los hechos investigados y su participación en ellos y realizó un ingreso de 12.020,24 euros en la cuenta de depósito y consignaciones judiciales. 2ª a la 2ª.- Los hechos descritos constituyen un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 del Código Penal en relación con el 65.3 del mismo texto legal. 3ª a la 3ª.- Tomás Martín San Juan es responsable en concepto de autor, en tanto que cooperador necesario, del delito de malversación de caudales públicos conforme al artículo 28 párrafo segundo b)*

del Código Penal. 4ª a la 4ª.- Concurren en Tomás Martín San Juan las siguientes circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: a) la circunstancia de no ostentar la cualidad de funcionario público en relación al delito de malversación de caudales públicos tal como se contempla en el artículo 65.3 en relación con el 432.1 ambos del Código Penal. b) La circunstancia atenuante de reparación del daño como se recoge en el artículo 21.5º del Código Penal. c) La circunstancia atenuante analógica a la de confesión prevista en el artículo 21.6º en relación con el 21.4ª del Código Penal. 5ª a la 5ª.- Procede imponer a Tomás Martín San Juan la pena de 9 meses de prisión, a sustituir por la pena de 18 meses de multa a razón de 6 euros de cuota diaria, e inhabilitación absoluta por tiempo de 1 año y 6 meses. Responsabilidad Civil: 12.020 € a favor del Consell Insular. Por lo tanto, suplico a la Sala tenga por presentado este escrito y por evacuado el traslado conferido al efecto. **OTROSI DIGO.-** Que para el acto del Juicio Oral esta parte propone los siguientes medios de prueba: **INTERROGATORIO** de los acusados. **TESTIFICAL** de: Miriam Peláez Corominas, Joaquín Cruchaga Nieto, Apolonia Serra Barceló, John Leaners, Jutta Delgado López. **DOCUMENTAL:** Por lectura de los siguientes documentos: a) Estudio sobre el valor del suelo (folios 121 a 138). b) Estudio de Dyrecto coincidente con el anterior (folios 158 a 173) c) Impresión del BOE coincidente con el texto del estudio (folios 142 a 150) d) Impresiones de paginas web coincidentes con el texto del estudio (folios 174 a 175) e) Expediente administrativo de contratación (folios 121 a 138) f) Escrito presentado por Tomás Martín San Juan mediante comparecencia efectuada en la Secretaría de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. (176 a 179) g) Consignación judicial de la cantidad percibida (folio 180). h) Hojas histórico penales (folios 197 a 198) i) Certificación de Dyrecto sobre estudios. j) Estudios remitidos por Dyrecto k) Cuantos documentos obren en la causa o a ella se incorporen. **OTROSI SEGUNDO DIGO.-** Esta parte hace expresa reserva de intervenir en la prueba practicada por las demás partes interesadas, aunque fueran renunciadas. **SUPLICO A LA SALA** que tenga por propuestos los anteriores medios de prueba, y previa declaración de pertinencia, acuerde todo lo conducente a su práctica, disponiendo la presencia de las personas interesadas al acto del Juicio Oral.

2º.- El 9 de octubre de 2009 por la Procuradora Doña Margarita Jaume Noguera en nombre y representación de Don Bartolomé Vicens Mir se presentó escrito que textualmente decía: “Que evacuado el trámite conferido al efecto, y al amparo del artículo 784-1º LECrim, formulo el presente **ESCRITO DE DEFENSA** con arreglo a las siguientes: **CONCLUSIONES PROVISIONALES: PRIMERA A LA PRIMERA DEL MINISTERIO FISCAL.-** Negadas las correlativas; los hechos no son ciertos en la forma en que vienen descritos en el escrito de acusación. **SEGUNDA A LA SEGUNDA.-** Negada; los hechos no son constitutivos de delito alguno. **TERCERA A LA TERCERA.-** No siendo los hechos constitutivos de delito, no cabe hablar de forma de participación en el mismo. **CUARTA A LA CUARTA.-** No procede tampoco hablar de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. **QUINTA A LA QUINTA.-** Procede

la libre absolución de mi mandante con todos los pronunciamientos favorables. Y SUPLICO A V.I. se sirva tener por presentado este escrito, lo admita, y tenga por evacuado el trámite conferido al efecto. OTROSI DIGO (I) que al amparo del artículo 784.2 LECrim, y con antelación a la celebración del juicio oral, interesa a esta parte la práctica de las siguientes diligencias: 1.- DOCUMENTAL consistente en que se remita atento oficio a Delegación Especial de Hacienda en Baleares a fin de que remita oficio expresivo de los siguientes extremos: 1º.- En cuántas ocasiones dicho Delegado ha iniciado indagaciones con ocasión de noticias de prensa, comunicando su resultado a los Juzgados y Tribunales de ésta o de cualquiera otra Comunidad Autónoma o a la Audiencia Nacional. Deberá acompañarse, en su caso, copia de las expresadas comunicaciones efectuadas, desde el año 2005 al 2009, ambos inclusive. 2º.- Cuantas comunicaciones previas o posteriores al oficio de fecha 6 de febrero de 2009 haya mantenido dicho Delegado con la Fiscalía Anticorrupción de esta Comunidad Autónoma con motivo de los hechos expresados en dicho oficio. 2.- OTRA DOCUMENTAL consistente en que se remita atento oficio al CONSELL INSULAR DE MALLORCA a fin de que remita certificación acreditativa de la relación de contratos menores de servicios suscritos por cualesquiera de sus Consellerías durante los ejercicios 2005 a 2009, ambos inclusive, con expresión del contratista, del importe de contrato, y del objeto de la contratación. 3.- OTRA DOCUMENTAL consistente en que se remita atento oficio a la CONSELLERIA D'ORDENACIÓ DES TERRITORI del CONSELL INSULAR DE MALLORCA a fin de que por su titular se emita informe expresivo de si en el año 2007 o en ejercicios anteriores se ha encargado a personal de dicho Departamento la elaboración de algún estudio global sobre datos de valoración del suelo no ligado a ningún expediente de tasación concreto. 4.- OTRA DOCUMENTAL consistente en que se incorpore a esta PIEZA SEPARADA la declaración sumarial prestada por BARTOLOMÉ VICENS MIR el 26 de mayo de 2009 con los documentos aportados con ocasión de su práctica, ya que éstos no constan incorporados a la misma. Y SUPLICO A LA EXCMA. SALA se sirva acordar la pertinencia de las anteriores diligencias, y, en su consecuencia, ordene lo conducente para su práctica con antelación a la celebración del juicio oral. OTROSI DIGO (II) que para el acto del plenario, esta parte hace suya la prueba propuesta por las demás partes, aunque sea total lo parcialmente renunciada por éstas, proponiendo, además, las siguientes: TESTIFICAL de: 1.- D. RAUL BURILLO PACHECHO, Delegado Especial de la AEAT en Baleares, quien puede ser citado en dicha delegación. 2.- Funcionaria de la Delegación Especial de la AEAT en Baleares con NRP: 0080540568 A0014, quien puede ser citado en dicha delegación. 3.- JUAN ENRIQUE RIERA SIMONET, Carrer des Caputxins, nº 4B-1º-C. 4.- AMPARO OBRADOR GUZMAN, con domicilio en la CONSELLERIA DE MEDI AMBIENT del GOBIERNO BALEAR, Avda. Gabriel Alomar i Villalonga nº 33. DOCUMENTAL consistente en la que sea introducida en el plenario, y, además, la siguiente: 1.- Recorte de prensa del Diario de Mallorca de 14 de mayo de 2006, con el titular "El Consell creará una reserva de suelo para 3.300 viviendas destinadas a jóvenes". 2.- Recorte de prensa del

14 de mayo de 2006 del mismo. 3.- Recorte de prensa de 31 de julio de 2006 del mismo periódico con el titular “Los dueños del suelo rústico de palma exigen precios de urbanizable”. 4.- Recorte de prensa del expresado periódico de fecha 18 de octubre con el titular “Ni un solo municipio estará adaptado el plan territorial al acabar el plazo en diciembre”. 5.- Recorte de prensa del expresado periódico de fecha 19 de octubre de 2006, con el titular “La pasividad de los ayuntamientos paraliza cientos de proyectos urbanísticos”. Y SUPlico A LA EXCMA. SALA se sirva acordar de conformidad con lo interesado.”

3º.- El 13 de octubre de 2009 por el Procurador Don Fernando Rosselló Tous en nombre y representación de Don Damià Nicolau Ferrá se presentó escrito en el que literalmente decía: “*Que habiéndole sido notificado el Auto de apertura del Juicio Oral de fecha 22 de septiembre de 2.009, y requerido para proceder al trámite de Calificación, mediante el presente escrito, viene a evacuar el traslado conferido y, en consecuencia, a formular ESCRITO DE DEFENSA que estructura en base a las siguientes conclusiones que tendrán el carácter de provisionales: Primera.- Niego la correlativa de la Acusación, formulada por el Ministerio Fiscal, que en casi nada coincide con la realidad acaecida, que además, enmascara y deforma. Los hechos objeto de análisis ocurrieron de la siguiente forma: A principios del año 2007, y en plena preocupación por el desarrollo del Plan Territorial, con la existencia de un desmesurado afán de crecimiento urbanístico en los pueblos del interior y en especial la posible consecuencia de migración de la población hacia los mismos, muchas veces discutido por diferentes Alcaldes de pueblos de Mallorca, con Damià Nicolau Ferrà, entre otros, el entonces Conseller executiu d’Ordenació del Territori, Bartolomé Vicens Mir, en una conversación entre ambos y algún funcionario de la propia Consellería, propuso la realización de un estudio sobre el valor del suelo en Mallorca, con el fin de analizar, globalmente, datos suficientes con los que estudiar soluciones alternativas o diferentes. Damià Nicolau, aceptó la propuesta y posteriormente al autor de dicho estudio, Tomás Martín San Juan, a quien aunque no conociera, ni conoce, dio por buenas, por no conocer a otro y por poseer, éste, un buen currículum, incluidas épocas de trabajo en Consultorías de reconocido prestigio, que normalmente son las autoras de los grandes estudios globales y de mayor ámbito de aplicación. Tras la anterior propuesta, se inició, por el funcionario competente, el correspondiente expediente administrativo relativo a “La contratació d’una assitencia tècnica per a dur a terme un estudi sobre el valor del sol a l’illa de Mallorca” que incluye, como única actividad, aunque no necesaria, de Damià Nicolau, el “Informe de necessitat...” en el cual manifiesta que considera conveniente disponer de un estudio de tales características. Tramitado el expediente, se dictó por el Conseller Executiu la correspondiente Resolución por la que se aprueba el expediente relativo a la firma de la contratación menor de asistencia técnica con D. Tomás Martín San Juan y se autoriza el gasto de 12.020,24 euros, a favor de este último, quien presenta el estudio y tras presentación de factura correspondiente lo cobra en mayo de 2007. Segunda.- Los hechos acaecidos no*

constituyen delito alguno. Tercera.- Sin delito no hay autores. Cuarta.- No cabe hablar de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Quinta.- Procede la libre absolución de mi representado, con todos los pronunciamientos favorables. Sexta.- Responsabilidad civil derivada de una responsabilidad penal inexistente. En su virtud, a LA SALA, SOLICITO: Tenga por presentado este escrito, con sus copias, y en sus méritos, se sirva admitirlo y tenga por evacuado el trámite conferido para formular las conclusiones que anteceden. OTROSÍ DIGO: Para el acto de juicio oral esta representación propone los siguientes medios de prueba: 1º.- Interrogatorio de los acusados. 2º.- TESTIFICAL, con citación judicial, DE: D. GABRIEL MATAS ALCOVER, que puede ser citado en el Ayuntamiento de Montuiri, sito en la plaza Major, nº 1, de Montuiri. D. ANTONIO AMENGUAL PERELLO, cuyo domicilio es en Consell (07330), calle Metge Miquel Rotger nº 9. D. JAUME JAUME OLIVER, con domicilio a efectos de citación en Algaida (07210), C/ Tanqueta nº 58. 3º.- Cualquier otro medio de prueba propuesto por el Ministerio Fiscal, y defensas, que esta parte hace suyas, aun en el supuesto de que fuera total o parcialmente renunciado por alguno de ellos. Por todo ello, a la SALA, SOLICITO: Se sirva tener por propuesta la prueba que antecede, se sirva admitirla y declararla pertinente, acordando lo conducente a su práctica dentro de las sesiones del Juicio Oral”.

Septimo.- Por Diligencia de ordenación de 14 de octubre de 2009, la Secretaria de esta Sala de lo Civil y Penal resolvió, una vez presentados los escritos de defensa y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 784.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, remitir las actuaciones a esta Sala para su enjuiciamiento.

Octavo.- Esta Sala, una vez recibidas las actuaciones dictó Auto el 15 de octubre de 2009 en la que acordaba sobre la admisión e inadmisión de la prueba propuesta, señalando los días 9 y 10 de diciembre para la celebración de las sesiones de juicio oral.

Noveno.- En los días señalados para su práctica tuvo lugar el juicio oral, al que asistieron todas las partes, así como los acusados, del que se extendió la correspondiente acta, proponiéndose prueba documental por el Letrado Sr. Valdivia, que actúa en nombre y representación de D. Bartolomé Vicens Mir y por el Ministerio Fiscal que se unieron a la causa, presentándose asimismo por las partes que lo creyeron oportuno sus escritos de conclusiones definitivas y que son las siguientes:

I.- El Ministerio Fiscal, por escrito que presenta en el acto del juicio oral, modificó sus conclusiones provisionales y las elevó a definitivas añadiendo en el apartado 5º, c) que de conformidad con el artículo 88 del Código Penal procede sustituir la pena privativa de libertad por la de 18 meses de multa con una cuota diaria de 8 €, suprimiendo lo relativo a responder conjunta y solidariamente del

pago por los tres acusados del pago de la cantidad malversada a favor del Consell Insular de Mallorca.

II.- Por parte de los Letrados Sres. Valdivia y Valadés se elevaron a definitivas las conclusiones provisionales.

III.- Por el Letrado Sr. Oliver, en el acto modifica sus conclusiones provisionales, adhiriéndose íntegramente a las conclusiones definitivas formuladas por el Ministerio Fiscal.

HECHOS PROBADOS

Primero.- El acusado Bartomeu Jesús Vicens Mir, mayor de edad, sin antecedentes penales y en libertad, de la que no ha estado privado por esta causa, venía utilizando en sus actividades particulares desde el año 2004 los servicios de contabilidad que le prestaba gratuitamente el acusado Tomás Martín San Juan, mayor de edad, sin antecedentes penales y en libertad, de la que no ha estado privado por esta causa, con quien le unía amistad antigua. En este Tribunal Superior de Justicia se investiga actualmente si algunas de esas actividades del Sr. Vicens pudieran entrañar delitos contra la Hacienda Pública y falsedad en documento mercantil, entre otros.

Deseoso de agradecer dichos servicios, el Sr. Vicens decidió a finales del año 2006 o comienzos de 2007 aprovechar la condición de Conseller Executiu del Departament de Territori del Consell Insular de Mallorca que entonces ostentaba para beneficiar económicamente al Sr. Martín con cargo a los fondos del Departamento, a cuyo fin ideó encomendar a este último por el sistema de contratación menor algún estudio o trabajo de nulo valor para la Administración y que no exigiera de su autor un esfuerzo de elaboración real. El Sr. Vicens transmitió su propósito al Sr. Martín sin especificar el objeto que tendría el encargo. Éste se mostró reticente en principio objetando que no tenía experiencia alguna en preparar informes, no obstante lo cual aceptó la propuesta. Poco tiempo después el Sr. Vicens indicó a su amigo que el trabajo consistiría en un estudio sobre el valor del suelo en la isla de Mallorca. El Sr. Martín advirtió al primero de que no se consideraba capacitado para realizar un estudio de esa clase porque desconocía el tema por completo. El Sr. Vicens respondió que no se preocupase y que le facilitaría unas direcciones de Internet en las que hallaría el material preciso para la confección del estudio. Fechas más tarde, en efecto, el Sr. Martín recibió una llamada telefónica en la que una voz femenina le proporcionó la dirección de algunas páginas “Web”. Aparte de esto, nadie impartió al Sr. Martín instrucciones ni aclaraciones acerca de los objetivos del estudio ni del enfoque concreto que debería darle.

El Sr. Vicens comunicó su intención de contratar al Sr. Martín al Director Insular d'Ordenació del Territori, el también acusado Damià Nicolau Ferrà, mayor de edad, sin antecedentes penales y en libertad, de la que no ha estado privado por esta causa, quien, aun consciente de la innecesidad del estudio para la Administración y de su futilidad, consintió intervenir en el pertinente expediente de contratación menor, justificándola.

El expediente administrativo se inició con la presentación por el Sr. Martín de un presupuesto, fechado a 15 de enero de 2007, para efectuar un “estudi sobre el valor del sol a la Illa de Mallorca (sic)” por importe neto de 10.465.90 €, y documentación adjunta. Entre ella figuraba un *curriculum vitae*, donde el Sr. Martín mencionaba su condición de Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales desde 1.978, que había sido profesional de Arthur Andersen durante el período 1979-1985, Director de Marketing Operativo en Fiat España Auto entre 1.986 y 1991, Director Financiero-Administrativo de “El Día del Mundo de Baleares” entre 1991 y 1992, y que era Auditor y Asesor-Fiscal desde 1.992.

El 17 de enero de 2007 la Interventora General certificó la existencia de crédito disponible para abonar el estudio y que a tal fin quedaba retenida la cuantía de 12.020,24 €.

Con esta misma fecha el Sr. Nicolau firmó, en su calidad de Director Insular d'Ordenació del Territori, escrito del siguiente tenor literal:

“ASSUMPTE: INFORME DE NECESSITAT DE LA CONTRACTACIÓ D'UNA ASSISTÈNCIA TÈCNICA PER A DUR A TERME UN ESTUDI SOBRE EL VALOR DE SÒL A L'ILLA DE MALLORCA.

El Departament del Territori, segons disposa l'apartat SETÉ, del Decret d'organització del Consell de Mallorca, té atribuïdes entre unes altres, competències en matèria d'ordenació i d'ús del sòl, les quals són exercides per les diferents àrees i serveis del mateix, o be per la Comissió d'Ordenació del Territori, Urbanisme i Patrimoni Històric, adscrita al propi Departament.

El desenvolupament d'aquestes competències s'ha dut a terme especialment mitjançant l'elaboració y posterior aprovació del Pla Territorial de Mallorca per part del Ple del Consell de Mallorca, norma que actualment es troba en fase d'anàlisi per a dur a terme les reformes que, des de l'entrada en vigor del mateix -1 gener 2005-, es considerin convenientes a la vista de l'experiència acumulada.

Atesa la situació descrita, aquesta Direcció Insular considera convenient-considerant la importància que té la classificació del sòl mitjançant els instruments de planejament y ordenació-, disposar d'un estudi sobre el valor del sòl a l'illa de Mallorca, per tal de dur a terme les propostes que pertoquin amb vista a la pressa de decisions.

No disposant aquesta Direcció Insular ni el propi Departament, dels mitjans personals ni materials per a dur a terme aquesta feina, es proposa la contractació de l'economista Senyor Martin San Juan Tomás per a dur-la a terme y per un preu màxim de 12.020,24 €, IVA inclòs”.

En atención a los referidos certificación e informe, la Cap de Servei de Secretaria Técnica emitió el 9 de marzo informe favorable a la tramitación del expediente y a que se dictara la oportuna resolución de aprobación del mismo por parte del Hble. Sr. Conseller Executiu del Departament del Territori.

Ese mismo 9 de marzo, el Sr. Vicens Mir dictó, en el ejercicio de su cargo de Conseller Executiu del Departament del Territori, resolución aprobando el expediente relativo a la contratación menor de asistencia técnica con D. Tomás Martín San Juan para realizar un estudio sobre el valor del suelo en la isla de Mallorca y autorizando el gasto de 12.204,24 € con cargo a la correspondiente partida presupuestaria, previa presentación de la oportuna factura.

Presentada esta factura por el Sr. Martín el 22 de marzo de 2007, el Sr. Vicens, actuando siempre como Conseller, acordó el siguiente 10 de abril reconocer la obligación que se derivaba de la misma y proponer que se ordenara el pago de la cantidad de 12.020,24 €, IVA incluido

Ejecutando esta resolución, el 9 de mayo de 2007 el Consell de Mallorca abonó al Sr. Martín mediante transferencia bancaria la suma de 10.465,90 € por el concepto de “Estudi sobre el valor del sòl a l'illa de Mallorca”.

Segundo.- Para cumplir el repetido encargo el Sr. Martín San Juan entregó al Consell Insular un trabajo que se compone, excluida la carátula, de 17 páginas, cuyo contenido íntegro copió de las dos o tres páginas “Web” que le habían proporcionado por teléfono a instancias del Sr. Vicens. Ese contenido reproduce, entre otros elementos asimismo copiados, diversos párrafos de la Exposición de Motivos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, así como párrafos completos y tablas comparativas extraídos del artículo “Estudio del Mercado del Suelo” realizado para la revista inmobiliaria Dyrecto por una empleada de esta empresa con referencia a noviembre de 2006 a partir de datos públicos del Ministerio de la Vivienda, el Ministerio de Fomento, la Dirección General del Catastro, el Instituto Nacional de Estadística y el Banco de España, y de fuentes internas de la propia revista. Este artículo, al igual que los demás textos plagiados por el Sr. Martín, aparecía inserto en páginas “Web” de acceso libre y gratuito para cualquier usuario.

El Sr. Martín tradujo al catalán el estudio, que había redactado en castellano, empleando para ello el programa que ofrece para traducir una página Web que le señalaron en la misma Consellería.

Tercero.- El estudio del Sr. Martín fue leído por el Sr. Vicens y por el Sr. Nicolau, pero no por los técnicos y personal de la Consellería. No consta que se le haya dado uso alguno.

Cuarto.- En el Consell Insular de Mallorca era práctica habitual exigir para la aprobación de un contrato menor la emisión por los Directores Generales, Secretarios Generales Técnicos o Jefes de Servicio correspondientes de un informe justificativo de la necesidad de la contratación.

Quinto.- El personal efectivo con capacidad para valorar el precio de inmuebles de que disponía el Consell de Mallorca en enero de 2007 eran cuatro arquitectos superiores en los Servicios Técnicos de Urbanismo; tres arquitectos técnicos en el Servicio de Disciplina Urbanística; un ayudante técnico en el Servicio de Expropiaciones de la Dirección Insular de Carreteras; y seis puestos de arquitectos e ingenieros en el Departamento de Hacienda e Innovación.

Sexto.- El 25 de mayo de 2007, antes de su primera declaración judicial por razón de los hechos aquí enjuiciados, el Sr. Martín San Juan compareció voluntariamente ante el Magistrado Instructor de la causa a fin de entregarle un escrito en que reconocía la realidad de tales hechos y su intervención en ellos. Ese mismo día ingresó en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal Superior de Justicia la cantidad de 12.020,24 € en concepto de “reparación del daño”. Dicha cantidad fue cobrada por el Consell Insular de Mallorca el 1 de septiembre siguiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Como recuerda la STC 340/2006, de 11 de diciembre, el derecho a la presunción de inocencia se configura, en su vertiente de regla de juicio, como el derecho a no ser condenado sin que existan pruebas de cargo válidas, lo que implica que ha de concurrir una mínima actividad probatoria desarrollada con las garantías necesarias, que abarque todos los elementos esenciales del tipo delictivo y que de la misma puedan desprenderse de forma razonable los hechos y la participación en ellos del acusado (SSTC 229/1999, de 13 de diciembre, F. 4; 249/2000, de 30 de octubre, F. 3; 222/2001, de 5 de noviembre, F. 3; 219/2002, de 25 de noviembre, F. 2; 56/2003, de 24 de marzo, F. 5; 94/2004, de 24 de mayo, F. 2; 61/2005, de 14 de marzo, F. 2 y 142/2006, de 8 de mayo, F. 2),

Esta presunción se desvirtúa, no sólo por elementos de convicción derivados de prueba directa de cargo, sino también por los que se obtienen de prueba indiciaria, siempre que, en este segundo caso, se cumplan los requisitos que la STC 111/2800, de 22 de septiembre, detalla; a saber: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos

constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de las SSTC 169/1989, de 16 de octubre (F. 2), «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, F. 4; 124/2001, de 4 de junio, F. 12; 300/2005, de 21 de noviembre, F. 3).

En el presente supuesto, las conclusiones fácticas que expone el anterior relato de hechos probados emanan de pruebas de cargo válidamente aportadas al proceso que no resultan suficientemente enervadas por otras contrarias. La declaración del Sr. Martín tiene peso sensible entre esas pruebas de cargo pero en absoluto es la única. Si lo fuera, la presunción de inocencia de que gozan en principio sus coacusados subsistiría incólume.

La doctrina constitucional tiene sentado con reiteración, en efecto (SSTC 149/2008, de 17 de noviembre, 125/2009, de 18 de mayo, 134/2009, de 1 de junio, entre las más recientes), que las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otros datos externos. La exigencia de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, en que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Igualmente, este Tribunal ha afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración –como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración, o su coherencia interna– carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último, también se ha destacado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por este Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (por todas, SSTC 34/2006, de 13 de febrero, F. 2; 230/2007, de 5 de noviembre, F. 3; 102/2008, de 28 de julio, F. 3; 56/2009 y 57/2009, de 9 de marzo, F. 2).

En el caso de autos fluyen de otras pruebas elementos de convicción congruentes con los asertos del Sr. Martín que confirman la veracidad sustancial de la manifestaciones de éste y, más ampliamente, la realidad de cuanto se declara probado.

Las precedentes relaciones de amistad entre los Srs. Vicens y Martín, así como la colaboración positiva que el segundo prestó en las operaciones privadas del primero y que incluyó la consecución de facturas falsas con el designio de defraudar a la Hacienda Pública –extremos que, conviene recalcar, no son objeto de este proceso- están admitidas de manera paladina por el Sr. Vicens. Existe, por tanto, móvil que explica la intención del Sr. Vicens de procurar al Sr. Martín una fácil ganancia económica sin contrapartida auténtica, que de alguna manera le remunerara esas ayudas y, a la par, reforzara en el futuro los vínculos de agradecimiento hacia su persona.

De otra parte, las declaraciones vertidas en juicio por los Srs. Vicens y Nicolau y los testigos propuestos por sus defensas en conjunción con las propias características intrínsecas y circunstancias del contrato –el cuándo, el para qué, el qué y el por quién- convencen de la condición superflua del encargo y de que dichos dos acusados tenían perfecta conciencia de la inutilidad del mismo en orden a la gestión de los intereses públicos competencia de la Conselleria.

En el expediente de contratación la conveniencia del repetido estudio se anuda al análisis del Plan Territorial de Mallorca, en vigor desde el 1 de enero de 2005, con miras a adoptar las reformas que aconsejara la experiencia acumulada durante este tiempo. Los dos coacusados han precisado durante el juicio que, ante la falta de adaptación de muchos Ayuntamientos a las prescripciones del Plan y la creciente presión demográfica que experimentaban los municipios próximos a la capital provocada por el alto precio de la vivienda en esta última, se estaba sopesando aprobar una moratoria de licencias y planeamientos. El testigo Sr. Riera ha ratificado que asistió a una reunión en que se abordó este asunto.

Siendo así, cabe de entrada dudar de la oportunidad del encargo. Faltaban escasos cuatro meses para la celebración de elecciones –tuvieron lugar el 27 de mayo- que podrían conllevar el cambio del equipo de gobierno del Consell y la consiguiente posibilidad de que el equipo entrante emprendiera nuevas líneas de acción política en materia de urbanismo. En el intervalo no habría tiempo material para tomar las decisiones a las que supuestamente debía coadyuvar el estudio –cuya contratación se aprobó el 9 de marzo- ni, sobre todo, resulta creíble que en vísperas electorales se acuerde una drástica medida de amplio calado económico y social como la suspensión de licencias urbanísticas que generaría polémica y fuerte riesgo de pérdida potencial de votos.

El objeto del estudio, tal como se formulaba, era además inconducente a esa pretendida finalidad. Su genérico enunciado (recuérdese: “estudi sobre el valor del sòl a l’illa de Mallorca”), que no consta completaran instrucciones adicionales, hace imposible averiguar los aspectos y puntos concretos sobre los que debía versar realmente el trabajo ni, en suma, su propósito: determinar el valor de mercado del suelo en relación con el valor catastral –cuestión que preocupaba a algún testigo a fines de cesión de aprovechamientos urbanísticos-; en todos los municipios de la Isla o en sólo algunos; de todo tipo de suelo o bien del urbano; del destinado a viviendas o también para uso industrial; si por ventura se trataba de indagar dónde se producía mayor demanda de suelo apto para la construcción –problema que preocupaba a otros testigos- y dónde menor; o si con el estudio quería conocerse la influencia de la aprobación del Plan Territorial en la evolución del precio del suelo. El testigo Sr. Riera relata que en la reunión a que fue convocado se habló de la necesidad de analizar el impacto económico que tendría una eventual moratoria urbanística. El encargo de mérito no guarda, desde luego, relación alguna con ese plausible, a no dudar, análisis.

Tampoco era el Sr. Martín profesional adecuado para elaborar un estudio de tal índole. Los certificados remitidos por el Consell Insular ponen de relieve la existencia en el Departament del Territori y, más ampliamente, de la Corporación del personal cualificado para valorar inmuebles de que da noticia el ordinal quinto de la relación fáctica. Se aduce en descargo de los coacusados que ese personal se hallaba saturado de trabajo. Sobre este extremo no se ha practicado, empero, prueba alguna. De cualquier modo, y aunque razones organizativas obligaran a externalizar el estudio, del *currículum* que presentó el Sr. Martín para obtener el contrato se desprendía de forma meridiana su falta de conocimientos y de experiencia previa en asuntos urbanísticos e inmobiliarios. Su actividad se había centrado siempre en la contabilidad, la dirección financiera y la asesoría fiscal. Las defensas observan a este respecto que la autora del estudio para la revista Dyrecto parcialmente plagiado por el Sr. Martín también es economista. Debe notarse, sin embargo, que, según ha declarado ella misma, dicha empresa, para la que trabajó cuatro años, la había formado en cuestiones relativas al sector inmobiliario. Nada daba a entender en el *currículum* que el Sr. Martín hubiera adquirido una preparación similar. Ni uno ni otro coacusado intentó tampoco comprobar por otras vías que la tuviera. El Sr. Vicens no podía ignorar la inidoneidad del Sr. Martín, pues que se conocían y relacionaban desde hacía muchos años. Por lo que atañe al Sr. Nicolau, su propuesta de encomendar directamente el estudio al Sr. Martín, pese a la patente falta de dedicación a materias urbanísticas de éste, denota una indiferencia por la calidad de los resultados del trabajo inequívocamente reveladora del escaso fruto que el Sr. Nicolau esperaba de los mismos; sin duda, a tono con su comportamiento posterior, porque sabía que tales resultados no se emplearían en nada. Como efectivamente ocurrió. No se contrata a una persona para realizar una determinada tarea sin una mínima garantía previa de sus aptitudes para

ejecutarla con acierto; salvo que la tarea carezca de sentido, utilidad ni provecho, claro es.

En consonancia natural con esa evidente falta de capacitación técnica del Sr. Martín, el contenido del estudio está plagado de generalidades e imprecisiones, y no aporta información sobre el valor del suelo en Mallorca que una persona de mediana curiosidad no supiera ya gracias a los medios de comunicación; tanto más los miembros –cargos políticos y funcionarios– responsables de un departamento administrativo con competencias en urbanismo que, es de imaginar, poseen conocimientos profundos de estas cuestiones. Incluso los datos de cierto interés que ofrece el trabajo –las tablas anexas publicadas por Dyrecto–, nada ilustran acerca del valor del suelo urbano en los distintos municipios de Mallorca, cualquiera que fuera la faceta del concepto que se buscaba, ni en el global de la isla misma, ya que van referidos al conjunto de las Baleares. En definitiva, salta a la vista la inanidad del estudio y que en absoluto vale el coste que había que pagar por él. El Sr. Vicens asegura que lo leyó. No le puso, sin embargo, ningún reparo, antes bien, ordenó que se pagara el precio. El Sr. Nicolau también afirma que lo leyó con rapidez –“en oblicuo”, dice–. Tampoco formuló objeción alguna ni alertó al Conseller de la palmaria deficiencia del trabajo. Extraña inacción de quien formalmente había promovido la contratación fundado en la necesidad imperiosa de reformar la normativa urbanística en razón de los acuciantes problemas de vivienda que le transmitían varios mandatarios municipales, avalando la procedencia del gasto, no precisamente baladí, por cierto. El estudio luego se guardó, sin que se haya probado en descargo de los coacusados que se usara en nada, provechoso o no, y ni tan siquiera que los técnicos de la Consellería hubieran llegado a conocerlo, lo cual ratifica, si cabe, su sabida, por ya esperada, inutilidad. No se arguya que podría servir en el futuro. Ello desmentiría la necesidad actual que se adujo para contratarlo. Aparte de que el valor del suelo supone magnitud que fluctúa en función de las cambiantes circunstancias económicas, de modo que son datos que pronto devienen obsoletos. Este tipo de análisis pueden reputarse desde esta perspectiva productos “percederos” que pierden enseguida todo interés que no sea el histórico.

Estas observaciones llevan a la Sala a inferir que el Sr. Vicens encargó al Sr. Martín un trabajo ficticio con propósito deliberado de gratificarle con fondos públicos su intervención en las actividades particulares de ambos, y que el Sr. Nicolau se avino de manera consciente a contribuir al buen éxito de la artimaña.

Debe señalarse, por último, que el hecho probado segundo proviene de la declaración del Sr. Martín, cuya certeza ratifica en este aspecto la simple confrontación de su trabajo con la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo y con el artículo de la revista Dyrecto. El hecho probado cuarto deriva de la declaración de la testigo Sra. Serra y de la prueba documental traída durante la

vista por el Ministerio Fiscal en relación a otro expediente de contratación del Consell. El sexto también dimana, en fin, de prueba documental indiscutida.

Segundo.- Los hechos descritos en la resultancia fáctica son, como postula la parte acusadora, legalmente constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el art. 432.1 del Código Penal y de un delito de prevaricación administrativa previsto y penado en el art. 404 del mismo Código en concurso medial con el primero. Idéntica doble calificación aplica la STS de 9 de junio de 2007 a un caso, muy parecido en todo al de autos, de contratación por parte del Director de un determinado órgano administrativo de estudios en materia turística que ninguna utilidad ni interés reportaron a dicho órgano al tratarse de meras copias literales de publicaciones anteriores, de datos obrantes en registros públicos o a disposición del público en general, o porque no se correspondían con el objeto de la contratación.

El pago al Sr. Martín de la cantidad de 12.024,24 € con cargo al presupuesto del Consell Insular que ordenó el acusado Sr. Vicens el 10 de abril de 2007 reúne todos los elementos, objetivos y subjetivos, de la figura delictiva que define y pena el art. 432.1 del Código Penal, la cual, como indica la jurisprudencia (STS 2 de marzo de 2006, *ad exemplum*), protege, no sólo “la indemnidad del patrimonio público –SS. de 27-5-93 y 14-10-97– sino, sobre todo, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, la confianza de los ciudadanos en la honesta gestión de los caudales públicos y la propia fidelidad al servicio que se encomienda a los funcionarios”. El pago integra el tipo delictivo porque con él el Sr. Vicens se apropió para fines privados, totalmente ajenos a la institución, de fondos públicos confiados a su poder de disposición. La STS de 18 de febrero de 2003 aclara a este respecto que el término «sustraer» que emplea el texto legal “debe ser interpretado en el sentido de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos públicos, apartándolos de su destino para hacerlos propios (ver sentencia 1486/1998)”. No importa, en fin, que el beneficiario directo de la disposición pecuniaria ilícita fuera el Sr. Martín y no el Sr. Vicens. El tipo exige ciertamente la concurrencia de ánimo de lucro. Pero como precisa la STS de 21 de julio 2005, este elemento subjetivo del injusto debe considerarse como propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja, siendo indiferente que el ánimo de lucro sea propio o ajeno, es decir, “que se actúe con propósito de obtener beneficio para si mismo o para un tercero, siendo también indiferente que el móvil o causa última sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el ánimo contemplativo (SSTS 29.7.98, 17.12.98, 24.11.2003), por cuando las finalidades últimas que pretendía con su acción son ajenas en este supuesto al derecho penal (móvil)”.

El delito de malversación fue posible y se consumó porque el propio Sr. Vicens había dictado el 9 de marzo anterior resolución aprobando encargar al Sr. Martín el estudio que daba cobertura formal al apoderamiento de los fondos

públicos ilícitamente distraídos. Dicha resolución merece a todas luces la conceptualización de arbitraria que da vida al delito de prevaricación administrativa sancionado en el art. 404 del Código Penal. La jurisprudencia se ha ocupado en numerosas ocasiones de diferenciar el simple ilícito administrativo, susceptible de corrección por la propia Administración y la jurisdicción contencioso-administrativa, del ilícito constitutivo del delito. La STS de 9 de junio de 2005, y otras posteriores como la de 15 de diciembre de 2008, dice al efecto: “se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución -por no tener su autor competencia legal para dictarla- o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre). En el mismo sentido, la STS núm. 226/2006, de 19 de febrero”. La decisión del Sr. Vicens de contratar al Sr. Martín no perseguía satisfacer interés alguno de la Administración, aunque fuera con quebranto de las reglas que disciplinan el actuar administrativo. Fue un consciente uso torticero del cargo público para servicio exclusivo de fines particulares, un ejercicio de poder claramente arbitrario y por ende delictivo.

Tercero.- De los referidos delitos es responsable criminalmente Bartomeu Vicens Mir en concepto de autor material y directo con arreglo al párrafo primero del art. 28 del Código Penal.

Damià Nicolau Ferrà también responde criminalmente de ambos delitos, dado que coadyuvó a cometer los hechos punibles a sabiendas de su ilicitud. Actuó con el dolo directo que requiere incurrir en tales figuras (SSTS 4 de julio de 1996, 30 de mayo de 2002, 1 de julio de 2009). No responde, sin embargo, a título de cooperador necesario, como propugna la acusación, sino en el de cómplice, de conformidad con el art. 29 del citado Código. La jurisprudencia halla el factor que delimita uno y otro grado de participación en el carácter necesario o, por el contrario, prescindible, aunque siempre favorecedor del resultado, de la aportación que el sujeto efectúa a la comisión del delito. La STS de 8 de octubre de 2007 expone esa doctrina en los siguientes términos:

“La diferencia básica en este problema, si se trata de valorar la cooperación de un presunto autor o de un presunto cómplice, estriba en que en la autoría tal cooperación es necesaria, en tanto que en la complicidad es de importancia menor. Más exactamente, y en esa misma línea discursiva, existe cooperación necesaria cuando haya aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido (teoría de la «conditio sine qua non»), cuando se contribuye con un «algo escaso pero no fácil de obtener de otro modo (teoría de los "bienes

escasos"), o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso (teoría del dominio del hecho») (Sentencias de 18 de septiembre de 1995 y 10 de junio de 1992), y también se ha de tener en cuenta la teoría de la relevancia de la colaboración.

Cuando se contribuye objetivamente y a sabiendas de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto, con una serie de actividades auxiliares, meramente periféricas o de segundo grado, acaecidas temporalmente «antes» o «durante», anteriores o simultáneas, estaremos en presencia de la complicidad delictiva”.

La intervención del Sr. Nicolau en la actividad delictiva se concreta en el informe que emitió en el expediente administrativo proponiendo contratar al Sr. Martín so pretexto de la conveniencia de practicar el falso estudio y de la inexistencia en el departamento de medios personales y materiales para realizarlo. Se trató de un acto positivo y eficiente de ayuda al logro del objetivo que perseguía su superior, el Sr. Vicens. Lo fue porque dio apariencia de legalidad a una operación contractual ilícita. No era, sin embargo, una ayuda imprescindible en el sentido de que, a falta de ella, la comisión de los delitos por su autor habría devenido imposible. Ciertamente que en el Consell de Mallorca regía en la práctica el criterio de exigir un informe justificativo de la necesidad para aprobar una contratación menor. El requisito, sin embargo, es jurídicamente innecesario. El art. 56 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio, texto vigente en la época, disponía de forma taxativa que *En los contratos menores (...) la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y en el contrato menor de obras, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de la existencia de proyecto cuando normas específicas así lo requieran*. Quiere ello decir que, en puridad estricta, el Sr. Vicens tenía en su mano aprobar la contratación del Sr. Martín sin el previo informe favorable del Sr. Nicolau e, inclusive, desoyendo uno negativo. Claro que dicho informe facilitó el curso del expediente y sirvió para disimular la turbia naturaleza de la maniobra. Su emisión entrañó acto relevante de participación que genera la responsabilidad propia del cómplice para quien, sabiendo su auténtica razón de ser y finalidad contraria a derecho, lo llevó a cabo.

Tomás Martín San Juan, en fin, resulta criminalmente responsable del delito de malversación en la calidad de cooperador necesario que prevé el art. 28 b) del Código Penal.

Cuarto.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la conducta de los Srs. Vicens y Nicolau.

En la del Sr. Martín concurren las circunstancias atenuantes de no ostentar la cualidad personal que fundamenta la culpabilidad del autor, que hoy establece

el art. 65.3 del Código; la de reparación del daño contemplada en el art. 21.5 del mismo Código; y la atenuante analógica de confesión, del número sexto de dicho precepto en relación con el cuarto. Respecto de esta última conviene consignar que la jurisprudencia ha admitido como atenuante la realización de actos de colaboración con los fines de la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos, con tal de que esa colaboración *ex post* proporcione información relevante, seria y favorecedora de los fines de la investigación, que permite descubrir hechos o datos que de otra manera habrían pasado desapercibidos o habría resultado más difícil averiguar (SSTS 20 de octubre de 1997, 17 de septiembre de 1999, 10 de marzo de 2004, 7 de diciembre de 2005, 3 de noviembre de 2006, 10 de diciembre de 2007 y 29 de enero de 2008). El relato escrito que el Sr. Martín presentó voluntariamente al Magistrado Instructor el día antes del fijado para declarar cumple de manera sobrada tales requisitos, pues dicha narración ha sido elemento clave en el esclarecimiento de la actividad punible.

Quinto.- Por la comisión de los citados delitos procede imponer al Sr. Vicens Mir las penas de cuatro años y seis meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años. Se trata de la penalidad mínima con que los castiga el art. 77.1 y 2 del Código en relación con los arts. 432.1 y 404, habida cuenta de que la prevaricación administrativa es delito instrumental para cometer el de malversación. Al aplicarse la punición prevista para el concurso ideal delictivo –mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave– queda descartada, en cambio, la pena específica de la prevaricación consistente en inhabilitación especial para todo empleo o cargo público que también demanda el Ministerio Fiscal.

Al Sr. Nicolau Ferrà le corresponden, en tanto que cómplice, las penas de dos años y tres meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de cuatro años. Son, igualmente, las penas mínimas que resultan del juego del art. 63 en conexión con los arts. 70.1, regla 2ª, 432.1 y 404, todos del Código Penal. No procede imponerle además pena de inhabilitación especial por la misma razón antedicha.

Procede, por último, aceptar la petición del Ministerio Fiscal de imponer al Sr. Martín San Juan por el delito de malversación la pena de nueve meses de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de un año y seis meses en virtud de lo que dispone el art. 66.1, regla 2ª. De acuerdo con el art. 88.1, la pena privativa de libertad se sustituye por la de dieciocho meses de multa con una cuota diaria de ocho euros, según pide asimismo la parte acusadora.

Sexto.- Las costas procesales se imponen a los acusados por mandato imperativo del art. 123 del Código Penal.

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears dicta el siguiente

FALLO

1º) Debemos condenar y condenamos a **BARTOMEU JESÚS VICENS MIR** como autor criminalmente responsable de un delito de malversación de caudales públicos definido y penado en el art. 432.1 del Código Penal y de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 en concurso medial con el primero a las penas de **CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE OCHO AÑOS.**

2º) Debemos condenar y condenamos a **DAMIÀ NICOLAU FERRÀ** como cómplice de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 del Código Penal y de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 en concurso medial con el primero a las penas de **DOS AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN e INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE CUATRO AÑOS.**

3º) Debemos condenar y condenamos a **TOMÁS MARTÍN SAN JUAN** como cooperador necesario de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 del Código Penal a la pena de nueve meses de prisión, que se sustituye por la de **Dieciocho meses de multa con una cuota diaria de ocho euros**, y a la de **INHABILITACIÓN ABSOLUTA POR TIEMPO DE UN AÑO Y SEIS MESES.**

4º) Se condena a los acusados a pagar las costas procesales generadas por la causa.

Contra esta sentencia cabe preparar recurso de casación para ante el Tribunal Supremo dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación.

Así por esta nuestra sentencia, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Muñoz Jiménez, Ponente que ha sido en la presente causa, el mismo día de su fecha; de que certifico en Palma a diecisiete de diciembre de dos mil nueve. Doy fe.



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA