TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 580/2010

*RECURSO CASACION N°:*298/2010

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial

Fecha Sentencia: 16/06/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

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

Escrito por: ARB

**Malversación de caudales públicos.- Prevaricación.- Estimatoria parcial.-
Derecho a la defensa de una acusación penal.- Jurisprudencia Sala II del T.S.-
Análisis cuadro probatorio.- Jurisprudencia T. Supremo.-
Declaración del coimputado.- Jurisprudencia T. Constitucional.-**

N°: 298/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Fallo: 09/06/2010

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 580/2010

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Manuel Marchena Gómez
D. José Antonio Martín Pallín

En nombre del Rey

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

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil diez.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por **DAMIAN NICOLAU FERRA** y **BARTOLOME VICENS MIR**, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Palma de Mallorca, Sala de lo Civil y Penal, con fecha diecisiete de Diciembre de dos mil nueve, en causa seguida contra Bartolomé Vicens Mir, Tomás Martín San Juan y Damián Nicolau Ferrá, por delito de malversación de caudales públicos y prevaricación, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo partes recurrentes los acusados **DAMIAN NICOLAU FERRA**, representado por la Procuradora Doña Esperanza Azpeitia Calvin y defendido por el Letrado Don José M. Valadés Venys y **BARTOLOME VICENS MIR**, representado por el Procurador Don Julián Caballero Aguado y defendido por el

Letrado Don Eduardo Valdivia Santandreu.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Magistrado Instructor de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, instruyó las Diligencias Previas nº 1/2008, contra Bartolomé Vicens Mir, Tomás Martín San Juan y Damián Nicolau Ferrá, y, una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió al Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Sala de lo Civil y Penal, rollo 1/09) que, con fecha diecisiete de Diciembre de dos mil nueve, dictó sentencia que contiene los siguientes **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 Department 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 en la que una voz femenina le proporcionó la dirección de algunas páginas <<Web>>. Aparte de eso, 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 Ferrá, 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 euros, y documentación adjunta. Entre ella figuraba un currículum 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 1986 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 euros.

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

técnica 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, t'e atribuïdes entre unes altres, competències en matèria d'ordenació i d'us 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 pr a dur a terme les reformes que, des de l'entrada en vigor del mateix -l gener 2005-, es considerin convenients 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 presa 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 maxim de 12.020,24 euros, 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 euros 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 euros, 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 euros 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 asdimismo 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 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, empenado 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 euros en concepto <<reparación del daño>>. Dicha cantidad fue cobrada por el Consell Insular de Mallorca el 1 de septiembre siguiente"(sic).

Segundo.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

"1º) Debemos condenar y condenamos a Bartomeu Jesús Vicens Mir como autor criminalmente responsable de un delito de malversación de caudales públicos definidos 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 Damiá Nicolau Ferrá como cómplice de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 del Código Penal y 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"(sic).

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, por **BARTOLOME VICENS MIR y DAMIÁ NICOLAU FERRÁ,** que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los correspondientes recursos.

Cuarto.- El recurso interpuesto por **DAMIAN NICOLAU FERRA,** se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, en relación con el derecho constitucional al Principio de Presunción de Inocencia (art. 24.2 de la CE), por inexistencia de un mínimo de actividad probatoria que desvirtúe tal presunción.

2.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.-

3.- Se fundamenta este motivo en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por indebida aplicación de los arts. 432.1 y 404 del Código Penal.-

4.- Se fundamenta este motivo en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pro indebida aplicación de los arts. 432.1 y 404 del Código Penal, en relación con el art. 29 del Código Penal.-

5.- Se fundamenta este motivo en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los arts. 432.1 y 404 del Código Penal en relación con el art. 28 del Código Penal.-

6.- Se fundamenta este motivo en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los arts. 432.1 y 404 del Código Penal en relación con los arts. 63 y 70.1, regla 2ª.-

Quinto.- El recurso interpuesto por **BARTOLOMÉ VICENS MIR**, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1.- Por quebrantamiento de Forma, al amparo del artículo 850-1º de la LECrim, al haberse denegado la práctica de dos diligencias de prueba que fueron propuestas en tiempo y forma en su escrito de defensa, y cuya práctica fue reiterada al inicio de los sesiones; concretamente, se denegó en ambas ocasiones la práctica de las pruebas testificales de D. Raúl Burillo Pacheco, Delegado Especial de la AEAT en Baleares, así como de la Funcionaria de dicha Delegación Especial NP: 0080540568 A0014.

2.- Por infracción de precepto Constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por vulnerarse el art. 24.1 CE y concretamente el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, por proceder que la resolución combatida lleva una valoración unidireccional de la prueba practicada en el Plenario, con preterición de la prueba incompatible con esa unidireccional valoración.-

3.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por vulnerarse el art. 24.1 CE, y, concretamente, el derecho fundamental obtener la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, por cuanto el factum de la sentencia se aparta de los estrictos términos del escrito del Ministerio Fiscal de conclusiones definitivas, causando a esa parte efectiva indefensión.- No se formaliza, pese a haber sido anunciado en su momento.-

4.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, por vulnerarse el art. 24.2 CE y, concretamente, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, al aplicarse indebidamente la técnica de la prueba indiciaria así como la consideración de la declaración incriminatoria del coimputado, que, en el aspecto mollar, no aparece ratificada por elementos objetivos periféricos.-

5.- Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849-1º de la LECrim, por errónea aplicación del artículo 77-1º y 2º del CP, e inaplicación del apartado 2º in fine y apartado 3º de dicho artículo.-

Sexto.- Instruido el Ministerio Fiscal, se opone a todos los motivos de los recursos interpuesto, que subsidiariamente se impugnan; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sétimo.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación prevenida el día nueve de Junio de dos mil diez.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Bartolomé Vicens Mir

PRIMERO.- Condenado en la sentencia de instancia como autor de un delito de

prevaricación y otro de malversación de caudales públicos, interpone recurso de casación. En el primer motivo se queja de la denegación de diligencias de prueba, pues propuso oportunamente la testifical del Delegado Especial de la AEAT en Baleares y de una funcionaria de la Delegación, que le fueron denegadas. La justificación de la propuesta la encuentra en que tales personas remitieron dos oficios al Juez de instrucción, en la causa de la que la presente dimana, comunicando que, en relación con una noticia de prensa, constaba en la base de datos de la AEAT que el contribuyente, Tomás Martín San Juan declaraba al Consell Insular de Mallorca una venta por importe de 12.020,24 euros, y que el Consell Insular declaraba al contribuyente en su modelo 190, en relación a rendimientos de actividades profesionales. Sostiene que el objeto de la prueba es someter a contradicción dicha documental que el tribunal ha considerado relevante, cuestionando la regularidad de esa noticia criminis desde la perspectiva del principio de intervención indiciaria. Tiene en cuenta que los oficios se aportan a un procedimiento penal en curso y se refieren a hechos distintos de los investigados, por lo que en base al derecho de defensa entiende que debería poder cuestionar la legitimidad del origen de dicha pretendida noticia criminis.

1. El derecho a defenderse de una acusación en el ámbito penal mediante el empleo de los medios de prueba procedentes debe entenderse comprendido en el marco del derecho a un proceso equitativo al que se refiere el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el derecho a un proceso con las debidas garantías del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En nuestro ordenamiento el derecho a utilizar medios de prueba tiene rango constitucional al venir reconocido expresamente en el artículo 24 de la Constitución. La alegación de su vulneración es posible a través del artículo 852 o por la vía del artículo 850.1º, ambos de la LECrim.

Consiguientemente, es un derecho fundamental. Sin embargo, no es un derecho absoluto. Ya la Constitución se refiere a los medios de prueba “pertinentes”, de

manera que tal derecho de las partes no desapodera al Tribunal de su facultad de admitir las pruebas pertinentes rechazando todas las demás (artículos 659 y 785.1 de la LECrim). El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 CE no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes (STC nº 70/2002, de 3 de abril). Por ello, el motivo podrá prosperar cuando la prueba, o la suspensión del juicio ante la imposibilidad de su práctica, se haya denegado injustificadamente, lo cual deberá apreciarse cuando la falta de práctica de la prueba propuesta haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (SSTC 50/1988, de 22 de marzo; 357/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre y 1/1996, de 15 de febrero; 37/2000, de 14 de febrero). La jurisprudencia de esta Sala ha establecido una serie de requisitos, formales y materiales, para que este motivo pueda prosperar.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de forma que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone (STS nº 1591/2001, de 10 de diciembre y STS nº 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, (STS nº 1289/1999, de 5 de marzo); y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

2. En el caso, el Tribunal rechazó las pruebas propuestas al considerarlas manifiestamente irrelevantes para juzgar las cuestiones que plantean las partes como objeto del proceso. Reiterada la proposición al inicio del juicio oral fue nuevamente rechazada.

El recurrente plantea la relevancia de la prueba denegada desde dos perspectivas distintas. De un lado, en primer lugar, en cuanto a la regularidad de la actuación de los citados funcionarios al remitir de oficio los mencionados datos al Juzgado.

Olvida que al tratarse de funcionarios quedan obligados por lo dispuesto en el artículo 262 de la LECrim, de manera que al conocer por informaciones de prensa la posible comisión de un hecho que pudiera estar relacionado con otros hechos delictivos cometidos por la misma persona e investigados ya en una causa penal, no cometen irregularidad alguna al aportar al órgano judicial los datos de los que dispongan por razón de sus cargos, de manera que puedan contribuir al esclarecimiento de tales hechos.

En segundo lugar, pretende la testifical para someter a debate la referida documental. Para ello, sin embargo, no es precisa la presencia de los autores de los oficios, pues consta su contenido en la causa y, además, los hechos a los que se refieren los documentos, es decir, la contratación y, concretamente, el pago de los servicios contratados, no es negado por el recurrente en ningún momento.

Por lo tanto, la prueba denegada no era necesaria a los efectos del objeto del proceso, por lo que no se ha causado indefensión alguna. En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo se queja de que se ha realizado una valoración unidireccional de la prueba practicada, con preterición de la que resultaría incompatible con aquella. Se refiere, de un lado, a la falta de consideración respecto de la declaración de la Secretaria del recurrente, Amparo Obrador, que, en relación a la llamada telefónica recibida por el coacusado Tomas Martín para proporcionarle determinadas direcciones de páginas web, negó haber llamado por teléfono al citado; y de otro lado, la documental aportada, consistente en recortes de prensa local en relación con la declaración sumarial del propio recurrente, respecto de la existencia de un debate político y mediático relativo a cuestiones inmobiliarias y del suelo.

1. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado que un correcto análisis del cuadro probatorio implica la consideración de la prueba de cargo y de la de descargo. De manera que, como se decía en la STS nº 486/2006, de 3 de mayo, “una sentencia cuya decisión sólo esté fundada en el análisis parcial de sólo la prueba de cargo,

o sólo la prueba de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la CE”.

2. En el caso, respecto de la primera cuestión, el Tribunal declara probado que el coacusado Tomás Martín, fechas después de que el recurrente le dijera que le facilitaría para hacer el trabajo unas direcciones de internet, recibió una llamada telefónica en la que una voz femenina le proporcionó la dirección de algunas páginas web. La prueba respecto de este extremo la constituye la declaración del coacusado, que el Tribunal considera creíble en ese extremo dadas las corroboraciones existentes en otros, concretamente, del hecho de la utilización de determinadas páginas web para la confección del trabajo al que se refiere el relato fáctico. Para llegar a tal conclusión, o para ponerla en duda, no es preciso valorar la declaración de la Secretaria del recurrente, que niega haber efectuado la llamada, pero que no pudo declarar acerca de si ésta efectivamente existió. En realidad tal declaración es irrelevante a los fines de establecer ese hecho, pues aunque el recurrente afirme que, de haber ocurrido, la llamada tendría que haberla efectuado la testigo, lo cierto es que cabe la intervención de cualquier otra persona diferente.

3. En cuanto al segundo aspecto, la alegación del recurrente no se corresponde con el contenido de la sentencia que impugna. En el fundamento jurídico primero, en el párrafo octavo, se comienza el análisis, que se extiende a los siguientes párrafos de aquel, de la posible justificación del encargo y aunque no se hace referencia expresa a los recortes de prensa aportados por el recurrente, sí se examina la problemática relativa al suelo a la que aquellos se refieren, con menciones expresas a la prueba testifical sobre el particular, y, en relación con aquella, a las explicaciones aportadas respecto al hecho de requerir un informe sobre esas cuestiones al coacusado, que carecía de experiencia profesional y de conocimientos del sector. Por lo tanto, el Tribunal examinó expresamente la alegación del recurrente, que éste basaba en la documental que aportó. No era preciso para ello mencionar los recortes de prensa. En realidad, éstos solamente

acreditan que un determinado medio ha publicado una noticia o una opinión, pero en el proceso penal no acreditan la realidad de la misma ni pueden determinar sus consecuencias. El Tribunal valoró la prueba testifical sobre la cuestión suscitada, que no era otra que la existencia de problemas relacionados con el suelo y el mundo inmobiliario, que, en opinión del recurrente, justificaban la contratación del coacusado Tomás Martín para la confección del tantas veces mencionado informe.

Sin perjuicio de lo que luego se dirá, la argumentación del recurrente no puede ser aceptada. Es cierto que la elaboración de un informe se puede justificar por su necesidad. Pero si la problemática a considerar es de gravedad suficiente, carece de sentido encargar tal labor a quien carece de preparación, conocimientos y experiencia en el sector, de manera que ya desde el principio se puede excluir que el informe suponga la aportación de datos o criterios útiles al efecto que formalmente se pretende. De forma, que la existencia de un debate serio sobre una cuestión de importancia, en realidad excluye cualquier explicación razonable de la encomienda del informe al coacusado.

TERCERO.- Renunciado el motivo tercero, en el cuarto denuncia la vulneración de la presunción de inocencia. Sostiene que se aplica indebidamente la técnica de la prueba indiciaria y que la declaración del coimputado tenida en cuenta carece de corroboraciones suficientes.

1. Reiterada jurisprudencia constitucional ha señalado que las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas; y que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, 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 dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Asimismo el Tribunal

Constitucional ha precisado que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, y 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 externos de corroboración (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; ó 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2).

Igualmente se ha destacado, por un lado, que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado (por todas, SSTC 65/2003, de 7 de abril, FJ 5; ó 152/2004, de 20 de septiembre, FJ 3); y, por otro, que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorado por el Tribunal son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 65/2003, de 7 de abril, FJ 6).

2. El Tribunal de instancia ha declarado probado que el coacusado encargó a Tomás Martín la realización de un informe sobre el valor del suelo de Mallorca con la única finalidad de favorecerle con fondos públicos, a sabiendas de su falta de cualificación y capacidad para la elaboración correcta de tal encargo y de la nula utilidad que tal informe aportaría a los intereses públicos. Para llegar a esa conclusión fáctica ha tenido en cuenta especialmente las declaraciones del coacusado Tomás Martín en las que reconoce los hechos. Como elementos de corroboración cita en la sentencia varios, aunque de ellos tiene este carácter principalmente la propia existencia y las características del informe elaborado por aquél a consecuencia del encargo realizado por el recurrente, y las mismas condiciones en las que tal encargo se llevó a cabo. Concretamente señala que de las declaraciones de los acusados Vicens y Nicolau y los testigos propuestos por las defensas en conjunción con las propias características intrínsecas y circunstancias del contrato, convencen de la condición superflua del encargo. Así, parte el Tribunal en su razonamiento de que en el expediente de contratación

el encargo se anuda al análisis del Plan Territorial de Mallorca, en vigor desde enero de 2005, con miras a adoptar las reformas que aconsejara la experiencia. A pesar de ello, señala que el acusado Tomás Martín no reunía las condiciones profesionales adecuadas, pues carecía de experiencia y conocimientos en asuntos urbanísticos e inmobiliarios, ya que hasta ese momento su actividad se había centrado en la contabilidad, la dirección financiera y la asesoría fiscal, y no había desarrollado ninguna clase de preparación técnica en aquellas otras materias. Aspectos que el recurrente no ignoraba, lo que puede afirmarse sin duda razonable alguna, ya que se conocían y relacionaban desde hacía muchos años, y se declara probado, además, que venía utilizando en sus actividades particulares desde 2004 los servicios de contabilidad que gratuitamente aquel le prestaba.

3. Además, el Tribunal examina expresamente la forma en la que se configuró el encargo, de forma que argumenta que el objeto del estudio era inconducente a esa pretendida finalidad, ya que no constan los aspectos y puntos concretos sobre los que debería versar el trabajo, ni, por lo tanto, el propósito con el que debería elaborarse el informe. Este aspecto es congruente con la falta de preparación de Tomás Martín, y de lo que podía esperarse objetivamente de un informe elaborado por éste sobre algo tan genérico y de tal amplitud como el valor del suelo de la isla de Mallorca, destacando el Tribunal, en expresiones que pueden darse aquí por reproducidas, que resulta imposible averiguar si el objeto del estudio era “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 solo en 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”.

Si estas apreciaciones, constatadas por el Tribunal como elementos de

corroboración de la declaración del coimputado se refieren al momento de la misma contratación, el análisis del informe, una vez finalizado, resulta totalmente coincidente con ellas y opera en el mismo sentido, pues en la sentencia se dice que está plagado de generalidades e imprecisiones y que no aporta información sobre el valor del suelo de Mallorca que una persona de mediana curiosidad no supiera ya gracias a los medios de comunicación, y que una vez entregado se guardó, sin darle utilidad alguna y sin que siquiera los técnicos de la Consellería hubieran llegado a conocerlo.

Todos estos datos, relacionados con el conocimiento que el recurrente tenía de la falta de preparación y capacidad técnica del coimputado, corroboran las declaraciones de éste en el sentido de que la única finalidad de la contratación del informe era retribuirle o favorecerle disponiendo para ello indebidamente de fondos públicos, pues carece de justificación objetiva que, ante un problema que se presenta como serio y complejo, se encargue un informe a alguien que carece de preparación, conocimientos y experiencia sobre el objeto del mismo.

4. Argumenta el recurrente que habría sido más lógico el encargo de algo para lo que el coacusado estuviera preparado. Sin embargo, no se aprecia que los conocimientos de éste fueran de interés para la Consellería de la que el recurrente era responsable, de manera que el encargo realizado gozaba de una apariencia de normalidad en cuanto al objeto del mismo dentro del ámbito de actuación del órgano. Es la falta de cualificación del contratado, bien conocida por el recurrente, lo que pone de manifiesto la irregularidad.

Igualmente se queja de que la declaración del coimputado viene guiada por su deseo de obtener beneficios penales o penitenciarios, por lo que no es fiable. Como hemos dicho, en atención precisamente a la especial posición del coimputado en el proceso, se ha exigido la existencia de elementos de corroboración con la finalidad de que operen como garantía de la veracidad de lo declarado, elementos que en el caso ya han sido relacionados y considerados suficientes.

Señala finalmente que el informe existe y que, teniendo un valor, éste no ha sido

determinado, por lo que no puede presumirse en contra del reo una defraudación superior a los 4.000 euros. Sin embargo, como ya se ha puesto de relieve, el informe carece de cualquier valor y, en consonancia con ello, no ha sido utilizado de forma alguna por la Consellería que lo encargó. La encomienda carecía de justificación y solo pretendía que el coacusado se lucrara con fondos públicos a disposición del recurrente. En esas condiciones, no es posible asignar al informe valor alguno a los efectos de determinar la cuantía de la malversación.

Por todo ello, el motivo, en sus distintos apartados, se desestima.

CUARTO.- En el quinto motivo, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim, se queja de la indebida aplicación del artículo 77 en cuanto que se ha impuesto la pena de la malversación como más grave en su mitad superior, cuando penando separadamente resultaba una menor penalidad, dada la heterogeneidad de las penas.

1. El artículo 77.2º del Código Penal dispone que " en estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones". La jurisprudencia, mayoritariamente ha admitido que el precepto consagra una doble opción, de forma que el Tribunal debe realizar un doble cálculo en función de las circunstancias de todo tipo que concurren en cada caso. Así, la STS nº 878/2009, de 7 de setiembre. En la STS nº 745/2005, de 16 de junio, se decía que "El artículo 77 del Código Penal, al regular el concurso ideal establece una regla penológica de carácter general al disponer que en estos casos se aplicará la pena correspondiente a la infracción más grave, en su mitad superior. A renglón seguido establece un límite a la anterior disposición, consistente en que la pena resultante de la aplicación de esa regla general no podrá ser superior a la que resultaría de penar ambas infracciones independientemente, en cuyo caso deberán sancionarse por separado. En principio se trata de una regla que supone un cierto favorecimiento penológico de los supuestos de concurso ideal o medial frente a los del puro

concurso real, pues no permite la imposición separada de las penas correspondientes a cada delito en el máximo legal, que en ocasiones pudieran resultar procedentes en función de las reglas del artículo 66 del Código Penal, ya que siempre resultaría posible aplicar en esos casos la regla general con carácter prioritario sin infringir el límite que se establece a la misma. La doctrina de esta Sala ha entendido que para realizar los cálculos que resultan obligados a consecuencia de esta previsión legal, debe partirse de la individualización de la pena para cada uno de los delitos cometidos, de forma que debe tenerse en cuenta la pena concreta que correspondería a cada uno de ellos según los razonamientos del Tribunal en relación con el caso enjuiciado, prescindiendo de la pena asignada en abstracto por la Ley. De esta forma, el Tribunal debe precisar como paso previo cuál sería la pena a imponer a cada delito separadamente considerado en atención a los criterios contenidos en los artículos 61 y siguientes del Código Penal, y, una vez determinada, aplicar las normas especiales del artículo 77, pues no resulta posible saber si la pena correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior excede o no de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente ambos delitos hasta que estas últimas no están adecuadamente precisadas en el caso concreto. En numerosos casos será posible llegar a la misma extensión de pena por ambas vías. Pero resulta exigible un razonamiento expreso sobre el particular (STS núm. 11/2004, de 15 de enero)”.

Y en la STS nº 1047/2006, de 9 de octubre, se argumenta que “...comparación debe hacerse en atención a las penas que habría impuesto efectivamente el Tribunal”.

2. En el caso, el Tribunal opta por la punición según la regla general e impone la pena correspondiente al delito más grave, la malversación, en su mitad superior, es decir, cuatro años y seis meses de prisión, argumentando que se trata de la penalidad mínima. En ausencia de otros argumentos, que pudieran justificar la imposición de la pena privativa de libertad en la misma extensión en que ha sido impuesta, la punición por separado resulta más favorable si se mantiene la

imposición de la mínima legal, pues el delito de malversación está penado con una pena de prisión comprendida entre tres y seis años y el delito de prevaricación lo está con una pena restrictiva de derechos.

En consecuencia, el motivo debe ser estimado y se impondrá al recurrente por el delito de malversación la pena de tres años de prisión y seis años de inhabilitación absoluta, y por el delito de prevaricación la pena de siete años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público que desempeñaba el recurrente o cualesquiera otros cargos públicos que impliquen el control o la disposición de caudales públicos.

Recurso de Damiá Nicolau Ferrá

QUINTO.- Condenado como cómplice de los mismos delitos, interpone recurso de casación, y en el primer motivo alega vulneración de la presunción de inocencia por inexistencia de un mínimo de actividad probatoria. Entiende que no está acreditado que supiera de las intenciones del autor principal y que no conocía de nada a Tomás Martín, quien, de otro lado, no lo menciona en sus declaraciones. Sostiene que entendió que el informe que se contrataba podría ser de interés para la planificación e intervención futura del Consell de Mallorca en el desarrollo del suelo en las distintas demarcaciones de la isla. Por otra parte, el informe no era necesario ni vinculante y se proponía al Sr. Martín porque era la persona indicada por el Conseller Executiu. En sucesivos motivos reitera parcialmente estas mismas argumentaciones aunque bajo la invocación de otros preceptos.

1. El Tribunal declara probado que el coacusado Vicens comunicó su intención de contratar al Sr. Martín al Director Insular d'Ordenació del Territori, Damiá Nicolau Ferrá, 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". A estos efectos, firmó un informe de necesidad del tenor que consta en los hechos probados proponiendo la contratación del economista Sr. Martín San Juan. Igualmente se declara probado que 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”. En la fundamentación jurídica se argumenta que “... su propuesta [la del recurrente] 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”. Más adelante se añade que tras leer el informe no alertó al Conseller de la palmaria deficiencia del trabajo, lo que el Tribunal considera una extraña inacción en quien había propuesto la contratación del autor. También en la fundamentación jurídica se dice que a pesar de la práctica habitual antes mencionada, el informe era jurídicamente innecesario y 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”.

2. Tal como se argumenta en la sentencia y hemos señalado con anterioridad, el elemento corroborador más importante de la declaración del coimputado, ya que los demás adquieren su mayor significado una vez puestos en relación con éste, es el conocimiento que el acusado Vicens Mir tenía del coacusado Tomás Martín y de la nula preparación y capacidad técnica de éste para afrontar la realización de un estudio como el encomendado si se pretendía obtener de él algún beneficio para los intereses públicos. La consecuencia lógica de tal conocimiento es que la contratación tenía otra finalidad, tal como afirma el coacusado.

No consta, sin embargo, en el hecho probado que el recurrente conociera al contratado antes de los hechos, ni que supiera del mismo algo más que el contenido del currículo entregado junto con el presupuesto, en el que figuraba, como actividad anterior, su licenciatura en Ciencias Económicas en 1978, y que

había sido profesional de Arthur Andersen entre 1979-1985; Director de Marketing Operativo en Fiat España Auto entre 1986 y 1991; Director Financiero-Administrativo de “El Día del Mundo de Baleares” entre 1991 y 1992 y que era Auditor y Asesor Fiscal desde 1992. Así como que era recomendado directamente por el Conseller, respecto del cual no existían en esos momentos razones objetivas para la duda acerca de sus intenciones, ni de la procedencia de encargar un informe sobre cuestiones relativas al marco de actuación de esa Consellería, aun cuando en su presentación formal tuviera un carácter tan genérico como se pone de manifiesto en la sentencia. Aspectos que, por otra parte, tampoco dieron lugar a consideración alguna por parte de la Jefatura de Servicios de la Secretaría Técnica que igualmente emitió el informe jurídico que se cita en el motivo como obrante en los folios 71 a 139 de las actuaciones, en el que se limita a constatar la existencia de propuesta y de previsión presupuestaria. La Audiencia, aunque reconoce la ausencia de prueba sobre el particular, no niega la posibilidad de que fuera conveniente externalizar el estudio, dada la posible saturación de trabajo de los profesionales de la Consellería, por lo que el recurrente pudo entender que nada había que oponer a la decisión del Conseller en ese sentido. Es cierto que, como se dice, el currículum del contratado no refleja el conocimiento de la materia objeto del estudio, pero tampoco la excluye, al menos para quien no lo conociera personalmente, lo que ocurre respecto del recurrente y no en lo que se refiere al coacusado Bartolomé Vicens, como ya se ha señalado.

No existe en la fundamentación jurídica ninguna explicación convincente acerca de que el recurrente conociera suficientemente la falta de preparación del contratado Tomás Martín, o la existencia de unas relaciones personales o profesionales con el Conseller de tal intensidad o características que pudieran conducir a éste a retribuirle sus servicios privados con cargo a fondos públicos. Por lo tanto, no puede afirmarse con la necesaria certeza que conociera la existencia de razones ilícitas en su contratación. Es cierto que pudo haberse cerciorado de su preparación e idoneidad para cumplir adecuadamente el encargo que se le hacía, pero la omisión de tal proceder, teniendo en cuenta que su

informe no era ni preceptivo ni vinculante, y que la decisión en cualquier caso estaba en manos del Conseller, sin que al recurrente le correspondiera su control, solo daría lugar a apreciar una negligencia no punible.

Por lo tanto, no puede considerarse suficientemente probado que en el momento de emitir el informe al que se refieren los hechos probados, el recurrente supiera que la decisión de realizar la contratación de Tomás Martín para la elaboración de un informe sobre el valor del suelo en la isla de Mallorca nada tenía que ver con tal objetivo, sino que estaba únicamente guiada por el deseo de retribuir los servicios profesionales privados prestados al Conseller con los fondos públicos de que éste podía disponer por su propia decisión.

En consecuencia, el motivo se estima y se dictará segunda sentencia absolutoria. No es preciso el examen de los demás motivos del recurso.

III. FALLO

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma, interpuesto por la representación procesal del acusado **BARTOLOMÉ GONZÁLEZ MIR**, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Civil y Penal, con fecha 17 de Diciembre de 2.009, en causa seguida contra el mismo y otros dos más, por delito de malversación de caudales públicos y prevariación.

Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en su respectivo recurso.

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR** al recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, interpuesto por la representación procesal del acusado **DAMIÁ NICOLAU FERRÁ**, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Civil y Penal, con fecha 17 de Diciembre de 2.009, en causa seguida contra el

mismo y otros dos más, por delito de malversación de caludales públicos y prevaricación. Declarándose de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

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

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

Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Manuel Marchena Gómez José Antonio Martín Pallín

298/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

Fallo: 09/06/2010

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N°: 580/2010

Excmos. Sres.:

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
D. Andrés Martínez Arrieta
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda
D. Manuel Marchena Gómez
D. José Antonio Martín Pallín

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 dieciséis de Junio de dos mil diez.

En los recursos de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional así como por quebrantamiento de Forma que ante Nos penden, interpuestos por **BARTOLOMÉ VICENS MIR** y **DAMIÁ NICOLAU FERRÁ**, contra sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Sala de lo Civil y Penal, con fecha 17 de Diciembre de dos mil nueve, en causa seguida contra Bartolomé Vicens Mir, con DNI número 42.965.023-B, mayor de edad; Tomás Martín San Juan, con DNI número 534.0581-G, mayor de edad, y Damián Nicolau Ferrá, con DNI número 18.221.309-L, mayor de edad; por delitos de malversación de caudales públicos y prevaricación, y una vez decretada la apertura del Juicio

Oral, lo elevó a la Sala de lo Civil y Penal del tribunal Superior de Justicia de Baleares (rollo 1/2.009) que, con fecha diecisiete de Diciembre de dos mil nueve, dictó sentencia condenando a Bartomeu Jesús Vicens Mir como autor criminalmente responsable de un delito de malversación de caudales públicos definidos 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.- Condenando a Damiá Nicolau Ferrá como cómplice de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 del Código Penal y 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.- Condenando 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.- Condenando a los acusados a pagar las costas procesales generadas por la causa. Sentencia que fue recurrida en Casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por los acusados, y que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE** por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Primero.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la Sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación, procede se impondrá al recurrente por el delito de malversación la pena de tres años de prisión y seis años de inhabilitación absoluta, y por el delito de prevaricación la pena de siete años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público que desempeñaba el recurrente o cualesquiera otros cargos públicos que impliquen el control o la disposición de caudales públicos.

Asimismo procede absolver al acusado Damiá Nicolau de los delitos de malversación y de prevaricación, dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra él.

Se declaran de oficio las correspondientes costas de la instancia.

III. FALLO

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado **BARTOLOMÉ VICENS MIR** como autor de un delito de prevaricación administrativa en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos, por el delito de malversación a la pena de tres años de prisión y seis años de inhabilitación absoluta, y por el delito de prevaricación a la pena de siete años de inhabilitación especial para el empleo o cargo público que desempeñaba el recurrente o cualesquiera otros cargos públicos que impliquen el control o la disposición de caudales públicos.

Y DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado **DAMIÁ NICOLAU FERRÁ** de los delitos de malversación y de prevaricación, dejando sin efecto cuantas medidas se hubieran acordado contra él.

Se declaran de oficio las correspondientes costas de la instancia.

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

Adolfo Prego de Oliver y Tolivar Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Manuel Marchena Gómez José Antonio Martín Pallín

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