

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

---

#### **VOTO PARTICULAR**

*FECHA:15/07/2013*

**Voto particular que formula el Magistrado Don Alberto Jorge Barreiro a la sentencia nº 657/2013, de 13 de julio de 2013, que resuelve el recurso de casación correspondiente al rollo de esta Sala 1216/2012.**

**PRIMERO. 1.** Tal como anticipé en el debate de la deliberación, mantengo una respetuosa discrepancia con los criterios que se siguen en la sentencia de la mayoría sobre la inaplicación que se hace en el presente caso del tipo penal de prevaricación en el “Caso Concurso”, y con la decisión de absolver que se adopta con respecto a los acusados Jaume Matas Palou, Joan Martorell Bonet, Miguel Romero de la Cerda y Antonio Alemany Dezcallar, en relación con el referido delito. Y también discrepo de la absolución por los tipos penales de falsedad en documento oficial y documento mercantil.

Para centrar las objeciones al criterio de la mayoría, resulta imprescindible, aunque resulte fatigosa su lectura, recoger los hechos nucleares descritos en la sentencia impugnada que determinan la aplicación de la norma penal en el “Caso Concurso”.

2. En la sentencia de la Audiencia se dice al respecto que, a raíz del resultado de las elecciones autonómicas de 2.003, que confirieron la mayoría del Parlamento autonómico al Partido Popular, el acusado Jaume Matas fue nombrado Presidente de les Illes Balears por Real Decreto 821/2003, de 26 de junio (folio 13 sentencia). Y una vez alcanzada la Presidencia de esta Comunidad Autónoma, el propio Presidente resolvió que el autor de sus discursos y el asesor en sus diversas comparecencias públicas de variado calado y contenido (v.gr. entrevistas, presentaciones, etc) fuera Antonio Alemany, al estimar que su labor iba a proporcionar a sus intervenciones públicas una solidez y calidad intelectual superior a la que le podía brindar el personal de su propio Gabinete o de la Dirección General de Comunicación, pese a contar con periodistas (folio 17 de la sentencia).

Su propuesta la trasladó a Antonio Alemany, quien la aceptó. Y a fin de perfilar el pacto y articularlo administrativamente, Jaume Matas delegó tal cometido en su Jefa de Gabinete, María Umbert, reuniéndose a tal fin esta y Antonio Alemany en un almuerzo celebrado en el restaurante "La Lubina", en fecha no concretada del mes de julio de 2003. Aquella, debidamente asesorada, le expuso al candidato que su contratación tan solo era viable, bien a través de un contrato menor o, de no ser así, que se le designara asesor del Presidente. Examinadas y valoradas las implicaciones y consecuencias de uno y otro sistema de contratación, y puestas en relación con el tiempo proyectado de asistencia al Presidente (los 4 años de legislatura), ninguna de ambas opciones satisfizo a Antonio Alemany por los inconvenientes que le generaban. Ya sea porque el máximo sueldo a percibir a través de un contrato menor era de 12.000 € anuales, o ya porque su contratación como asesor personal, aun cuando de mayor dotación, ni le era satisfactoria profesionalmente ni le era rentable económicamente, pues quería seguir manteniendo su colaboración como articulista con el periódico "El Mundo/el Día de Baleares" y también continuar con su dedicación profesional a la entidad Consultores de Información, S.L., de la que era socio fundador y administrador. A tenor de lo cual, no consideraba factible la simultaneidad de actividades (folio 18 de la sentencia).

Al no haber alcanzado pues ningún acuerdo de cara al futuro, la Jefa de Gabinete y Antonio Alemany convinieron que, mientras se vislumbraba otra solución o se articulaba otra vía que solventara la cuestión, de momento el posible asesor presentaría facturas por sus servicios, no por trabajos concretos realizados sino englobados en facturas mensuales por importe de 2.000 € (folio 18).

Pero, afirma la sentencia recurrida, interesado como estaba el Presidente del Gobierno de Baleares en los servicios de Antonio Alemany, y como hubiere de darle respuesta por algún medio a aquella situación interina, buscó algún procedimiento que compatibilizara mantener en el anonimato como asesor a Antonio Alemany con la situación de seguir dedicándose tanto a sus actividades privadas en el seno de la empresa mercantil citada como a su labor de articulista, singularmente de crónicas político-sociales, y que al mismo tiempo pudiera retribuirle debidamente con cargo a la Comunidad Autónoma. Para ello era preciso —señala la sentencia— acudir a alguna estratagema que garantizara aquellos objetivos, y que, una vez conseguidos, dada su proyección en el tiempo, garantizara además su control (folio 20).

A continuación, la Audiencia afirma literalmente que *“aun cuando por vías y tiempos que no han quedado esclarecidos, el Presidente (que reconocidamente poseía conocimientos de la contratación administrativa, fuesen o no derivados de su participación en la función pública al haber sido también en precedentes etapas Jefe de Servicio de la Consejería de Economía y Hacienda y después Consejero de Economía) con la colaboración fundada de otras personas que prestaban servicios en la Secretaría General de la Consejería de Relaciones Institucionales, concibió la idea de arbitrar un concurso público que, por una parte, impulsara un órgano de la administración que estuviera bajo la dependencia funcional e inmediata del Presidente, como era la Dirección General de Comunicación; por otra, que por la vía de urgencia, permitiera restringir al máximo la posible concurrencia de licitadores; y finalmente, que participara en él una empresa de total confianza, a la que se le facilitaría la máxima información previa para colmar sobradamente la oferta, y que a su vez fuese de la confianza del Sr Alemany”* (folio 20).

Y prosigue diciendo la sentencia: *“a ese planteamiento presidencial se avino, tras ser traslado a las personas que se dirá, inicial o sucesivamente, y en cualquier caso, antes del inicio del expediente que se relacionará, tanto D. Antonio Alemany, como el Director General D. Joan Martorell (persona en extremo obediente y leal al Presidente), como D. Miguel Romero (persona que, por las antiguas y buenas relaciones profesionales y contractuales con el Sr. Alemany, iba a garantizar el buen fin del proyecto) y a quien el Presidente Sr. Matas había participado la inminencia de la convocatoria de un concurso, rogándole que Nimbus Publicidad S.L. se presentara al mismo, aun cuando explicándole que su único objeto era el de pagar al Sr. Alemany, que ya estaba al tanto de todo; que tenía que hacerles ese favor a él y al Sr. Antonio Alemany, y que se pusiera en contacto con este último para entenderse económicamente, lo que aceptó el Sr. Romero ante las expectativas que le suponía una futura contratación mayor, sea con la administración autonómica sea con el Partido Popular, y concordó con el Sr. Alemany”* (folios 20 y 21 de la sentencia).

En cuanto a la materialización del concurso, del examen de los folios 21 y ss. de la sentencia recurrida se extraen los trámites principales del expediente de contratación nº 11501 2003 003904, que discurrió por los siguientes hitos sustanciales:

- El 26 de agosto de 2.003, el Director General de Comunicación, el acusado Joan Martorell, suscribió una Memoria Justificativa de la necesidad de contratar, así como de la urgencia de la contratación. En ella se explicaba que la reciente constitución del nuevo equipo de gestión, así como la voluntad de racionalizar y redimensionar los servicios administrativos de comunicación del Govern de les Illes Balears y de adaptar su estructura a unas condiciones de demanda conyuntural y, por ende, inestable, aconsejaba la contratación de un servicio de asesoría externa especializada en estudio de medios, mensajes y audiencia.

- El 3 de septiembre siguiente, la Consejera de Relaciones Institucionales, Rosa Estarás, acordó declarar la urgencia del expediente de contratación de una asesoría y asistencia en materia de comunicación.

- Ese mismo día, la Secretaria General, Dulce Linares, justificó el procedimiento a seguir y la forma de adjudicación del contrato, y firmó (por delegación de firma de la Vicepresidenta y Consejera) la orden de inicio del expediente de contratación, a través de concurso abierto y por el trámite de urgencia, con un presupuesto de 110.200 euros.

- En el pliego de cláusulas administrativas particulares se preveía la posibilidad de prórroga del contrato por un plazo máximo de dos años y no se permitía la subcontratación.

- El 29 de septiembre siguiente, el acusado Joan Martorell, en su calidad de Director General de Comunicación, aprobó la propuesta del expediente, del gasto, de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares, así como la apertura del procedimiento de adjudicación del contrato en los siguientes términos: concurso, abierto y de urgencia.

- El 7 de octubre, y tras haberse autorizado por la Consellería de Economía y Hacienda la imputación del gasto a ejercicios futuros y haberse fiscalizado el gasto, Dulce Linares (por delegación de firma de la Vicepresidenta y Consejera de Relaciones Institucionales) aprobó el expediente de contratación de "una consultoría y asistencia de asesoramiento en materia de información, documentación, medios de comunicación e imagen corporativa del Govern de les Illes Balears", conforme a los precedentes pliegos de cláusulas administrativas y técnicas, con autorización de un gasto de 110.200 E.

- El 20 de octubre la entidad Nimbus Publicidad, S.L., presentó sus plicas por mediación de Antonio Amat, quien se limitó a firmar; en realidad, su gestación corrió a cargo de Miguel Romero, quien dos o tres semanas antes del anuncio de licitación ya tenía conocimiento a través de Joan Martorell del objeto del contrato y de los pliegos pertinentes. También se le hizo la sugerencia adicional de que incluyera en la oferta un apartado relativo al "asesoramiento técnico y literario en la elaboración de parlamentos". La plica contenía una oferta económica de 110.200 € y Nimbus Publicidad, S.L., fue la única licitadora. No consta acreditado que Joan Martorell hubiera disuadido a otras empresas de participar en el concurso.

- Los días 21 y 22 de octubre se reunió la Mesa de Contratación. Examinada la documentación presentada, y siendo Nimbus Publicidad SL la única licitadora, la Mesa elevó propuesta de adjudicación del contrato a su favor.

- El 28 de octubre la Consejera de Relaciones Institucionales resolvió adjudicar el contrato a Nimbus Publicidad S.L., que es la empresa de Miguel Romero, publicándose la resolución en el BOIB de fecha 20-11-2003.

- El 3 de noviembre, siempre del año 2003, se formalizó el contrato de consultoría y asistencia de asesoramiento en materia informativa, medios de comunicación e imagen corporativa del Govern de les Illes Balears, entre la Consejera de Relaciones Institucionales, Rosa Estarás, y Antonio Amat Segura como representante legal de Nimbus Publicidad S.L.

El precio quedó establecido en 110.200 € (Iva incluido), distribuido de la siguiente manera: año 2.003, 13.775 €; año 2.004, 55.100 €; y año 2.005, 41.325 €.

- Ante el inminente vencimiento del periodo contractual, la Jefa de la UAC interesó en fecha 16 de junio de 2005 de Joan Martorell si estaba o no interesado en su prórroga, para que, en caso afirmativo, facilitase a dicha Unidad la documentación inicial relativa a la Memoria Justificativa, el pliego de prescripciones técnicas, la adecuación del precio al mercado y el importe del expediente a efectos de tramitar uno nuevo.

- El 22 de junio de 2005, el Director General de Comunicación, Joan Martorell, emitió un informe en el que, faltando a la verdad, indicó que el contrato con Nimbus Publicidad, S.L., se estaba ejecutando satisfactoriamente de acuerdo con las cláusulas y prescripciones técnicas, y que contribuía de forma decisiva al cumplimiento de las funciones propias de la Dirección General de Comunicación, que debía dar respuesta en todo momento a las necesidades de información de la ciudadanía y de comunicación del propio Govern, a las cuales no siempre se podía dar respuesta con los

medios de que se disponía; por todo ello, consideraba conveniente, con la conformidad de la empresa Nimbus Publicidad S.L., proponer la prórroga del contrato por un plazo de 19 meses, con un importe total de 87.243 €, distribuidos en los años 2005, 2006 y 2007.

Prestada la conformidad por Antonio Amat en representación de Nimbus, se acordó el inicio del expediente, y emitida propuesta de su aprobación y de disposición plurianual de su importe por parte del Director General de Comunicación, Joan Martorell, la Consejera de Relaciones Institucionales, Rosa Estarás, aprobó el 29 de julio de 2.005 el expediente de prórroga y autorizó el pago plurianual en los términos ya referidos.

- El 2 de septiembre de 2.005 se formalizó el acuerdo de prórroga del contrato hasta el 31 de mayo de 2.007, entre Rosa Estarás y Antonio Amat (en representación de la contratista Nimbus Publicidad S.L).

- El 2 de julio de 2.007, una vez finalizado el periodo contractual, Joan Martorell, en su calidad de Director General de Comunicación, faltando a la verdad, elaboró el informe sobre el cumplimiento global del objeto del contrato. A tal fin, indicó que había servido para dar soporte a la estrategia de comunicación del Govern, para hacer el seguimiento y para reforzar las tareas de documentación y elaboración de informaciones diversas; finalmente indicó que, de entre las actividades enumeradas en el pliego de condiciones técnicas, se había puesto el énfasis en aquellas que eran más urgentes y que permitían cubrir las necesidades más claras de la Dirección General, como eran las de documentación y elaboración de discursos e intervenciones y el asesoramiento en la estrategia de comunicación de la acción del Govern.

Para elaborar dicho informe final Joan Martorell precisó acudir a Nimbus Publicidad S.L.; y esta a su vez, que no había prestado servicio alguno, necesitó la colaboración de Antonio Alemany para redactar una Memoria-Balance del contrato.

- El 4 de julio de 2.007, Joan Martorell como representante del órgano de contratación y director del contrato, de una parte, y la

entidad contratista, de otra, suscribieron el acta de recepción de la totalidad del objeto del contrato, teniéndolo por liquidado.

- Por último, en la misma fecha la Consejera de Relaciones Institucionales resolvió aprobar la liquidación del contrato y autorizar la devolución de la garantía depositada.

**SEGUNDO.** 1. Una vez descrito el “Caso Concurso” en su aspecto fáctico, es el momento ya de entrar a examinar si los hechos declarados probados en la sentencia recurrida integran o no el tipo penal del art. 404 del texto punitivo.

La jurisprudencia de esta Sala establece como elementos integrantes del delito de prevaricación administrativa los siguientes: a) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; b) que sea contraria al Derecho, es decir, ilegal; c) que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico- jurídica mínimamente razonable; d) que ocasione un resultado materialmente injusto; y e) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la particular voluntad de la autoridad o funcionario, y con el conocimiento de actuar en contra del derecho (SSTS 49/2010, de 4-2; 228/2013, de 22-3; y 411/2013, de 6-5).

En la sentencia recurrida se argumenta que se dan todos los requisitos de un delito continuado de prevaricación. Y entre sus aseveraciones destaca la referente a que el contrato administrativo entre la entidad Nimbus Publicidad, S.L., cuyo titular era el acusado Miguel Romero, y la Comunidad Autónoma de Baleares, debe ser calificado como un contrato simulado, mediante el que se han pulverizado —dice— los esquemas, requisitos y finalidades de la contratación administrativa, que, en defecto de sus normas específicas, se rige supletoriamente por las normas del derecho privado ( art. 7 de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido de 16 de junio de 2000).

Y después de reseñar los requisitos que para todo contrato exige el art. 1261 del C. Civil (consentimiento de los contratantes; objeto que sea materia de contrato; y causa de la obligación que se establezca), remarca que se está ante un contrato simulado por reserva mental por falta de causa absoluta al expresarse una causa falsa en el contrato. Y se remite en este punto al capítulo IV de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas —arts. 61 y ss.— (folios 88 y 89 de la sentencia).

En palabras del Tribunal sentenciador, resulta meridiano y excepcionalmente diáfano que en el presente caso se inició de oficio un expediente de contratación al socaire de una causa falsa. La conveniencia de externalizar una asesoría en materia de comunicación, especializada en estudio de medios, mensajes y audiencia, se ha revelado un auténtico disfraz, que únicamente perseguía que la Consejera de Relaciones Institucionales aprobara el gasto por unos servicios que, ab initio, se sabía no iban a prestarse, provocándose de ese modo dos resoluciones materialmente antijurídicas y arbitrarias por no responder a ninguno de los fines previstos en el ordenamiento jurídico, haciendo así padecer el correcto desempeño de la actividad pública desde la perspectiva de una Administración prestacional (folio 89).

Y después de matizar que las únicas resoluciones que cubren el tipo objetivo de prevaricación son las dictadas por la Consejera de Relaciones Institucionales, Rosa Estarás, por presentar carácter decisorio y poseer eficacia ejecutiva, considera toda la conducta relativa al concurso celebrado y convocado una maniobra simuladora unilateral que, “revestida procedimentalmente de ropaje jurídico y ocasionalmente en sí mismo falso, no pudo advertir quien en definitiva firmó las resoluciones, en la total creencia de que eran ajustadas a derecho” (folio 90 sentencia). Y acaba subsumiendo los hechos en los arts. 404 y 77 del C. Penal.

Por consiguiente, para la Sala de instancia, al no ir a prestar realmente ningún servicio la entidad contratada, todo el concurso era una simulación por carecer de causa para la sociedad contratante y tratarse de un mero ropaje jurídico que no tenía otro fin que contratar realmente a una persona ajena a la empresa licitadora.

2. Procede ahora exponer cuál es la **tesis jurídica que se sostiene en la sentencia de la mayoría** para excluir la condena por un delito de prevaricación en el “Caso Concurso”, tesis en la que se acogen algunos de argumentos nucleares de los recurrentes, Jaume Matas y Antonio Alemany.

En el fundamento tercero de la sentencia mayoritaria se reseñan como resoluciones dictadas por la Consejera de Relaciones Institucionales con ocasión del concurso abierto para contratación de "una consultoría y asistencia de asesoramiento en materia de información, documentación, medios de comunicación e imagen corporativa del Govern de les Illes Balears”, las siguientes: la dictada el 28 de octubre de 2003, en la que la Consejera resolvió adjudicar el contrato a Nimbus Publicidad S.L.; la de 3 de noviembre siguiente, por la que se formalizó el contrato de consultoría y asistencia de asesoramiento en materia informativa, medios de comunicación e imagen corporativa del Govern de les Illes Balears entre la Consejera Rosa Estarás y Antonio Amat Segura como representante legal de Nimbus Publicidad, S.L.; la de 29 de julio de 2005, por la que se aprobó el expediente de prórroga; la dictada el 2 de septiembre de 2005, en la que se formalizó el acuerdo de prórroga del contrato hasta el 31 de mayo de 2007 entre las mismas partes que contrataron el 3 de noviembre de 2003; y la de 4 de julio de 2007, por la que se resolvió aprobar la liquidación del contrato y autorizar la devolución de la garantía depositada.

Pues bien, en cuanto a la razón por la que la conducta consistente en dictar esas resoluciones no puede subsumirse en el delito de prevaricación, la centra la mayoría de la Sala en que no se está ante unas resoluciones injustas y arbitrarias, para lo cual sería preciso que contradijeran un claro texto legal sin ningún fundamento; de forma que la contradicción con el derecho no fuera sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, no concurriendo así otra fundamentación jurídica que la voluntad de su autor. Dado lo cual, faltaría uno de los elementos objetivos del tipo penal: la injusticia y la arbitrariedad de la resolución administrativa.

Para establecer esa conclusión, la sentencia mayoritaria se apoya en algunos argumentos de la propia Audiencia. Se refiere a cuando

en la sentencia recurrida se afirma que el contrato administrativo sirvió para retribuir a Antonio Alemany todos los servicios que el Presidente Jaume Matas le encomendó, y que efectivamente llevó a cabo durante toda la legislatura. Y también se hace referencia a que la Sala de instancia admitió, al tratar de la extensión de los servicios de Antonio Alemany, que pocas dudas se suscitan sobre que su labor no quedaba circunscrita a la redacción de los discursos, a pesar de que ello era posiblemente lo más relevante.

Igualmente incide la sentencia de la mayoría en otro de los argumentos que plasma la Audiencia en su sentencia al referirse a la labor de asesoramiento de Antonio Alemany. En concreto cuando se dice que *“es extremadamente difícil, por no decir imposible, que las intervenciones públicas del Presidente no estén dotadas de ‘interés público’ dado el marcado carácter institucional de las mismas, al margen de la pertenencia a uno u otro partido político de turno. Por ello mismo, entiende la Sala que el asesoramiento y la preparación de esas intervenciones públicas (sin duda, unas de mayor calado o importancia que otras, empero en cualquier caso todas ellas) participa de ese interés público al que se hallaban enderezadas”*.

Por último, se subraya en la sentencia de esta Sala la amplitud del contrato de asesoramiento suscrito por la entidad Nimbus Publicidad, S.L., a tenor de las prescripciones técnicas establecidas en el concurso, pues en ellas consta que el objeto de la relación contractual es la prestación de servicios de asesoría, informe y documentación en materia de información, medios de comunicación e imagen corporativa del Govern de les Illes Balears, objeto en el que se incluyen los trabajos que de manera permanente y/o periódica se encomienden por la Dirección General de Comunicación y aquellas actuaciones y consultorías puntuales que se puedan solicitar por la misma, así como por otros departamentos gubernamentales autorizados por aquella.

Pues bien, con el soporte de estos datos fácticos precedentes se elabora por la mayoría de la Sala el argumento capital que sirve para excluir el tipo de la prevaricación: la falta del elemento objetivo de la arbitrariedad e injusticia de las resoluciones anteriormente reseñadas de la Consejera de Relaciones Institucionales.

En el argumento clave se razona que, vista la amplitud con que se fija el ámbito y el objeto del contrato administrativo tramitado como concurso abierto, y dado lo reconocido por el Tribunal de instancia sobre el alcance de los discursos y otros trabajos realizados por el Sr. Alemany por encargo del Presidente de la Comunidad, a través de la Dirección General de Comunicación, cuyas entregas y cobros se hacían a través de la sociedad Nimbus Publicidad, que era la adjudicataria del concurso, todo permite afirmar —dice la sentencia mayoritaria— que las resoluciones dictadas por la Sra. Estarás en modo alguno pueden ser calificadas de prevaricadoras, ya que se dictaron en el marco de un contrato administrativo para cumplir un servicio público, que, según la sentencia recurrida, era de interés público y que en efecto se prestó.

Acaba concluyendo la sentencia mayoritaria que ni concurre una resolución arbitraria, ni se ha ocasionado un resultado materialmente injusto ni tampoco se ha actuado con el fin de hacer efectiva una voluntad particular de la autoridad o funcionario con el conocimiento de actuar contra el derecho.

**TERCERO. 1.** Tras exponerse la tesis de la sentencia recurrida y la de la sentencia de la mayoría, en la que se acogen algunos de los argumentos principales de los recurrentes, procede ahora plasmar cuáles son las **discrepancias que mantengo sobre la exclusión por la mayoría de la Sala del tipo penal de la prevaricación** en esta instancia con respecto al “Caso Concurso”.

Para ello ha de partirse de los hechos declarados probados en la sentencia de la Audiencia que no han sido cuestionados por la sentencia mayoritaria.

En el relato fáctico se describe, según se constató en su momento, que los problemas para que Antonio Alemany trabajara como asesor personal del Presidente de la Comunidad surgieron porque su nombramiento como asesor personal no satisfacía a la persona elegida, ni en el aspecto profesional ni en el económico, ya que quería seguir manteniendo su colaboración como articulista con el periódico "El Mundo/el Día de Baleares" y también su dedicación profesional a la

entidad Consultores de Información S.L., de la que era socio fundador y administrador.

Así pues, había un problema claro de incompatibilidades legales que bloqueaba el nombramiento de Antonio Alemany como asesor personal del Presidente con un sueldo asimilable al de Director General, incompatibilidades a las que se refiere la sentencia de instancia, tanto en el fundamento jurídico relativo al delito de prevaricación como cuando se desarrolla la argumentación atinente al delito de malversación (folios 60 y 93 de la sentencia).

Al argumentar el delito de prevaricación afirma la Audiencia que “al único que nuclear y económicamente beneficiaba la puesta en marcha y desenlace del contrato, era, precisamente, al Sr. Alemany, quien, por vía solapada, conseguía simultanear lo que no era compatible. Es más, así vino indirectamente a confirmarlo, incluso a preguntas de su defensa: ‘dedicarse a asesor era imposible económica y profesionalmente; no le interesaba; a él le gusta el ejercicio profesional liberal” (folio 60 sentencia).

De otra parte, se hace una referencia específica al tema de incompatibilidades al tratar el delito de malversación, destacando la relevancia que tenía la circunstancia de ser o no nombrado asesor personal del Presidente desde la perspectiva de las incompatibilidades para el ejercicio de profesiones privadas, a tenor de lo que se dispone en la Ley de Incompatibilidades del Personal de las Administraciones Públicas (Ley 53/1984 de 26 de diciembre) y, más en concreto, en la Ley 2/1.996 de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de altos cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

En el art. 2 de esa Ley autonómica se impone un régimen de dedicación absoluta y exclusiva al personal eventual que, en virtud de nombramiento conferido por aplicación de lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 2/1989, de 22 de febrero, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, ocupe puestos de trabajo considerados como de confianza o asesoramiento especial del Presidente, Vicepresidente o, en su caso, de los Consejeros de Gobierno.

Ese fue el escollo legal surgido cuando se pretendió contratar a Antonio Alemany como asesor personal del Presidente. Y a partir de ahí fue cuando este último, según especifica la sentencia recurrida, interesado como estaba en la contratación de los servicios de aquel, concibió la idea de arbitrar un concurso público que fuera impulsado por un órgano de la administración que estuviera bajo la dependencia funcional e inmediata del Presidente, como era la Dirección General de Comunicación. Y que, además, se tramitara por la vía de urgencia, permitiendo así restringir al máximo la posible concurrencia de licitadores. Por último, tendría que participar en él una empresa de total confianza, a la que se le facilitaría la máxima información previa para colmar sobradamente la oferta, y que a su vez fuese de la confianza de Antonio Alemany. Siendo incluso el propio Presidente el que dio los primeros pasos del proyecto, ya que después de dar traslado del mismo a Joan Martorell y Antonio Alemany, le rogó personalmente a Miguel Romero, titular de la empresa Nimbus Publicidad, que se presentara al concurso con el único objetivo de que se le pudiera abonar a Alemany su labor en la asesoría personal, aceptando la propuesta Miguel Romero.

Los pasos posteriores del concurso ya constan referenciados en el fundamento primero de este voto particular, así como también las facilidades especiales que se le dieron a Miguel Romero con el fin de que le fuera finalmente adjudicado el contrato a su empresa, tal como estaba proyectado.

Del examen de esos antecedentes fácticos solo cabe colegir que el contrato administrativo surgido del concurso público organizado por el Gobierno Autónomo era un contrato simulado, toda vez que quien iba a prestar el servicio de asesoría personal no era Miguel Romero ni su empresa, sino Antonio Alemany. Y no solo era simulado por ocultar a la persona que realmente iba a actuar como contratado realizando las prestaciones del contrato, sino además porque encubría una causa ilícita que lo anulaba de raíz, cual era tener como fin evitar la aplicación de la Ley de Incompatibilidades que regía en la Comunidad Autónoma de Baleares.

Mediante el contrato se *simulaba* por tanto la prestación de los servicios de asesoría del Presidente y de la Comunidad por parte de la

empresa Nimbus Publicidad, de Miguel Romero, al mismo tiempo que se *disimulaba* la real intervención de Antonio Alemany como asesor personal, siendo este quien iba a obtener las contraprestaciones que iba a abonar la Comunidad Autónoma por una suma de 4.361,60 € mensuales.

Al ejecutar el contrato estipulado entre la Consejería de Relaciones Institucionales y la empresa de Miguel Romero lo que se estaba ejecutando realmente no era el contrato simulado formalmente convenido con fecha 3 de diciembre de 2003, sino el acuerdo simulatorio que subyacía al mismo. Ese acuerdo simulatorio ocultado bajo la cobertura del contrato administrativo formalizado contenía dos infracciones patentes, una de índole contractual y otra de índole legal.

La infracción de índole contractual radicaba en que las condiciones particulares del contrato administrativo prohibían expresa y específicamente que se subcontratara la prestación contractual, pese a lo cual es claro que Miguel Romero, en connivencia con el Presidente de la Comunidad, con Joan Martorell (Director General de Comunicación) y con Antonio Alemany, subcontrató “de facto” a este la ejecución del contrato administrativo convenido con la Comunidad Autónoma.

En cuanto a la infracción legal que contenía el acuerdo simulatorio que anidaba bajo el contrato administrativo simulado, consistió en vulnerar de plano los tres primeros artículos de la Ley 2/1.996 de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de altos cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Pues, al adjudicar el contrato administrativo mediante el concurso público a la empresa de Miguel Romero, que intervenía realmente como mera intermediaria, se defraudaba el cumplimiento de las incompatibilidades que establecía la referida Ley autonómica para las personas que desempeñaban puestos de trabajo considerados como de confianza o de asesoramiento especial del Presidente. De tal forma que Antonio Alemany seguía explotando su empresa en el ámbito privado, al mismo tiempo que desempeñaba un puesto relevante de confianza en la Comunidad Autónoma como asesor del Presidente.

Se está, pues, ante el típico fraude de ley mediante el que se encubre u oculta merced a la normativa de cobertura de un concurso

público y de un contrato administrativo el incumplimiento real de una Ley autonómica que impone un régimen de incompatibilidades.

Esa Ley establece en su Exposición de Motivos que el artículo 103 de la Constitución Española, único que hace expresa referencia directa a la Administración pública, dispone que esta «sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho». Consecuentemente con esa declaración de servicio objetivo a los intereses generales de la sociedad y en garantía de la debida observancia de los precitados principios constitucionales, es preciso asegurar, dice la exposición de motivos de la Ley, que la Administración autonómica, mediante las personas que ejercen sus finalidades desde los puestos de más responsabilidad o trascendencia, sirva con plena objetividad e imparcialidad a los intereses generales.

2. En virtud de lo que antecede, es claro que tengo que discrepar del criterio de la mayoría de la Sala, toda vez que no puedo compartir el argumento de que por el hecho de que Antonio Alemany haya ejecutado realmente los trabajos que le encomendó el Presidente de la Comunidad Autónoma no concurra el delito de prevaricación, o que deje este también de aplicarse por el hecho de que esos trabajos fueran de interés general. Esos argumentos pueden ser válidos para excluir la aplicación del tipo penal de malversación, pero no el de prevaricación.

Y ello porque, en contra de lo que se dice en la sentencia mayoritaria, las resoluciones dictadas por la Directora General de Relaciones institucionales cumplimentando las decisiones e indicaciones de algunos de los acusados, sí son injustas y arbitrarias, dado que infringen de forma clara, patente y manifiesta la Ley la Ley 2/1.996 de 19 de noviembre, de Incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de altos cargos de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, y los principios que encarna relativos a la objetividad e imparcialidad a los intereses generales en el ejercicio de la función pública.

Se dictaron unas resoluciones injustas y arbitrarias, ya que con ellas se buscaba incumplir de plano la Ley Autonómica de

incompatibilidades, siendo ese precisamente el objetivo que se propusieron los acusados con la convocatoria, tramitación y resolución de un concurso público rodeado de suspicacias por los consejos orientativos y facilitación de datos que se aportaban a un concursante determinado, que a la larga acabó siendo el único.

Y en cuanto al resultado material de la acción delictiva y a la lesión del bien jurídico que tutela la norma penal, es claro que en el presente caso se dieron tales elementos del delito. Pues, tutelando el tipo penal el recto y normal funcionamiento de la Administración de acuerdo con los parámetros constitucionales que deben orientar su actuación, centrados en el servicio prioritario de los intereses generales, el sometimiento a la Ley y al Derecho, y a la absoluta objetividad e imparcialidad en el cumplimiento de sus fines, en este caso se han vulnerado esos bienes jurídicos al defraudar precisamente la normativa de una ley de incompatibilidades que está dictada para la rigurosa cumplimentación de tales principios, utilizando para ello la tramitación de un concurso simulado.

Por consiguiente, sí concurren en este caso los elementos objetivos y subjetivos del delito de prevaricación previsto en el art. 404 del C. Penal en la modalidad de continuado (art. 74), ya que los acusados actuaban a sabiendas de la manifiesta ilegalidad en que incurrían.

**3.** Nos resta por examinar el tema relativo a **la autoría** del tipo penal de la prevaricación.

En la sentencia recurrida se condena al acusado Jaume Matas como autor por inducción de un delito continuado de prevaricación; al acusado Joan Martorell como autor o cooperador necesario del mismo delito continuado; al acusado Miguel Romero como cooperador necesario del mismo delito; y al acusado Antonio Alemany como autor o como cooperador necesario del delito de prevaricación, pero sin continuidad delictiva.

Los acusados Joan Martorell y Miguel Romero ni siquiera recurrieron, asumieron pues la condena por el delito continuado de

prevaricación en los términos que se plasmaron en el fallo de la sentencia recurrida. La cuestión se centra, pues, en los dos recurrentes.

En lo que se refiere a Jaume Matas, se alega por su defensa que no ha sido condenado ningún acusado como autor del delito de prevaricación, por lo cual vendría el recurrente a ser partícipe de un delito en el que no habría autor. Y a ello añade como argumento relevante que su inducción sería una inducción en cadena, modalidad que es cuestionada por la doctrina y solo admisible de forma reticente por la jurisprudencia de esta Sala.

Pues bien, con respecto a la alegación de que no existe en este caso autor del delito se trata de un argumento que no se ajusta a la realidad de los hechos ni a lo que se dice en la sentencia recurrida.

En efecto, la autora del delito es la persona que dicta las resoluciones injustas. En este caso la Consejera de Relaciones Institucionales, Rosa Estarás. Lo que sucede es que la causa fue sobreseída en su día con respecto a ella por entenderse que incurrió en un error de prohibición a la hora de dictar las resoluciones relevantes del expediente del concurso de adjudicación del contrato, resoluciones que aparecen referenciadas en la sentencia de la mayoría y que antes hemos desglosado individualmente.

El hecho de que la autora material del delito por haber sido quien dictó las resoluciones prevaricadoras no haya resultado condenada y ni siquiera sometida a juicio no quiere decir que no concurra el delito de prevaricación. Como es sabido, la existencia del error de prohibición afecta a la exclusión del elemento de la culpabilidad del sujeto que incurre en él, pero no desde luego a la tipicidad y a la antijuridicidad de su conducta, según tiene reconocido tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala al ajustarse nuestro sistema penal al criterio de la accesoriedad limitada en la aplicación de la participación delictiva. De modo que la exclusión de culpabilidad de la persona que suscribió las resoluciones prevaricadoras —decisión que no cabe entrar a examinar toda vez que ha sido ya resuelta en la instancia con anterioridad de la vista oral del juicio y ha devenido firme— no significa que la conducta que

cometió no fuera típica y antijurídica, y por lo tanto que no pudieran ser condenados otros acusados como partícipes en el delito de prevaricación.

De otra parte, es importante traer a colación que se está ante un supuesto que presenta todas las connotaciones de los delitos cometidos dentro de estructuras jerárquicamente organizadas, en cuya ejecución intervienen altos directivos, mandos intermedios y meros subalternos. Se trata de los problemas propios de los delitos cometidos en el marco empresarial y cuya problemática es extensible a otros ámbitos en que se dan también las relaciones estructuradas y jerarquizadas de poder, como puede ser la Administración, ya sea en la esfera estatal o en la autonómica.

Ello es lo que en gran medida sucede en el caso examinado, en el que la conducta delictiva se ejecuta en el marco de una estructura piramidal y jerárquica de naturaleza administrativa, donde hay un máximo responsable (el Presidente de la Comunidad Autónoma), unos mandos intermedios pero de alta dirección y con diferentes categorías (la Consejera de Relaciones Institucionales y el Director General de Comunicación, Rosa Estarás y Joan Martorell, respectivamente), y en un escalón algo inferior de capacidad decisoria y competencial responsabilidad otras dos funcionarias: Dulce Linares y María del Carmen Umbert.

En este tipo de estructuras jerarquizadas se da la circunstancia de que cuanto menor es la capacidad decisoria y competencial de un funcionario más próximo suele estar a la materialización de la conducta delictiva y mayores posibilidades tiene de incurrir en la ejecución formal de la conducta típica, quedando así abarcado su comportamiento por el tipo penal desde la perspectiva de la concepción objetivo-formal de la autoría. Mientras que en los cargos de alta dirección donde se adoptan las decisiones más relevantes, los sujetos máximos responsables de la estructura organizativa no suelen materializar el hecho delictivo con actos formalmente subsumibles en la norma penal, por lo que ha de acudir a una concepción más objetivo-material de la autoría para abarcar la relevancia real de su intervención delictiva. Se da así en no pocas ocasiones la grave contradicción de que la persona que es la máxima responsable de la acción delictiva es condenada como mero partícipe del delito, y quien es un mero ejecutor de los mandatos de un

superior, competencial y disciplinariamente, es condenado como auténtico autor.

Pues bien, descendiendo al caso enjuiciado nos consta como probado en la premisa fáctica de la sentencia que el Presidente de la Comunidad Autónoma era la única persona que tenía un especial interés en que trabajara como su asesor personal el coacusado Antonio Alemany. Y también figura probado, tal como ya se recordó en el primer fundamento de este voto particular, que era quien concibió la idea de convocar un concurso público controlado por la Administración, de forma que se procurara restringir la asistencia de licitadores y que se facilitara la máxima información a la persona que iba a intervenir como auténtico intermediario para la adjudicación del contrato con el fin de que hiciera llegar el dinero a Antonio Alemany, persona que era la auténtica beneficiaria desde el punto de vista económico del contrato simulado que se iba a formalizar mediante tan singular concurso.

Es más, fue el propio Presidente el que explicó al intermediario o testaferro, Miguel Romero, en qué iba a consistir el concurso y el papel que le correspondía en la trama, rogándole personalmente que contribuyera con su intervención y que asumiera el papel de aparente adjudicatario que se le había asignado, con el fin de que entregara a su vez los emolumentos del contrato a su real beneficiario. Así consta recogido en los hechos descritos en el folio 21 de la sentencia, asumidos ahora por la mayoría de la Sala.

Y también fue el Presidente de la Comunidad quien encomendó a su hombre de confianza, Joan Martorell, con el que despachaba diariamente en el mismo edificio (según especifica la sentencia recurrida), que materializara el concurso con los matices ya referidos de favorecimiento del candidato formalmente predestinado a la adjudicación del contrato.

Por consiguiente, si Jaume Matas era la persona que había concebido y planificado el concurso para otorgar un contrato administrativo simulado, y también era quien convenció a los protagonistas de la operación y dio las órdenes para que lo materializara su hombre de confianza en temas de comunicación, no resulta razonable,

siendo como era además el recurrente la persona que dominaba la organización administrativa autonómica por autoridad y competencia, negar que era el autor por dominio del hecho y de la estructura organizativa. Máxime si se sopesa también que despachaba diariamente con la persona a la que había encargado llevar adelante la tramitación del concurso, Joan Martorell, que le gestionaba los temas relativos a las materias comprendidas dentro del nuevo contrato que se iba a adjudicar.

Todo ello significa que el Presidente de la Comunidad, con arreglo a las máximas elementales de la experiencia y a las reglas de la lógica de lo razonable, estaba al corriente de cómo avanzaba la tramitación del concurso. De modo que mantenía por tanto la supervisión de lo que estaba haciendo su hombre de confianza en la fase de ejecución del delito y no solo en la de su preparación, dada la inmediatez espacial y temporal que tenía con la materialización del concurso y con sus protagonistas.

Así pues, más que ante un mero inductor estaríamos ante un autor por dominio del hecho. Y ello es precisamente el nombre que le asigna el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones al recurso, si bien después no desarrolla en detalle tan acertada definición sobre la real intervención del acusado en la trama delictiva.

Sin embargo, al tener el delito de prevaricación la condición de delito especial propio por razón del autor, la Audiencia, siguiendo un asentado criterio doctrinal y jurisprudencial, calificó la intervención del acusado Jaume Matas como una “autoría por inducción” (art. 28 b del C. Penal). A lo que ahora replica la parte recurrente que estaríamos ante una inducción en cadena que resulta vedada por la dicción literal del texto legal, según la interpretación de un sector mayoritario de la doctrina y de algunas sentencias de esta Sala.

Pues bien, aunque la dogmática penal peca en algunas materias de cierto exceso de artificiosidad y tecnicismo, no llega ello hasta el punto de que un supuesto que axiológicamente se presenta como una autoría pueda derivar en atípico por entender que no cabe ni siquiera la participación por inducción.

En el ámbito de estructuras jerarquizadas y piramidales como puede ser una Administración pública, donde las competencias están específica y normativamente asignadas, lo lógico es que cuando la cúspide de la pirámide encarga a un inferior de confianza que le tramite un concurso, este encomiende a su vez la labor de dictar las resoluciones decisorias a la persona que tiene la competencia en la materia. Difícilmente puede por tanto hablarse de una inducción abierta o indeterminada en cuanto a la materialización del acto inducido, puesto que los actos administrativos integrantes del concurso y las consecuencias de la adjudicación han de ser tramitados y resueltos por el departamento y el funcionario responsable de la Administración autonómica que tiene la competencia para ello.

De otra parte, la jurisprudencia de la Sala tiene admitido en sus resoluciones la inducción en cadena, si bien comedidamente y atendiendo a las circunstancias del caso concreto (SSTS 421/2003, de 10-4; 212/2007, de 22-2; 393/2007, de 27-4; y 1219/2009, de 25-11).

En todo caso, y en el supuesto de que se considere que la dicción literal del art. 28 a) del C. Penal impide aplicar la denominada inducción en cadena, siempre cabría operar con la participación por cooperación necesaria, tal como admite un sector importante de la doctrina y también la jurisprudencia de esta Sala (STS 421/2003, de 10-4).

Precisamente como cooperador necesario ha sido condenado el recurrente Antonio Alemany, que se prestó desde el primer momento a colaborar en la preparación de la trama actuando en connivencia con Miguel Romero, no pudiendo extrañar que acabara siendo el principal beneficiario del concurso y de la formalización del contrato administrativo fruto de su materialización. De ahí que tampoco pueda prosperar el recurso que interpuso impugnando el delito de prevaricación.

En consecuencia, considero que debió ratificarse la condena por el delito de prevaricación con respecto al episodio denominado “Caso Concurso” con respecto a los acusados condenados.

**CUARTO.** En el mismo sentido condenatorio he de pronunciarme en lo atinente a los **delitos de falsedad**, tanto en documento

oficial como en documento mercantil (arts. 390.1.4º y 390.1.2º y 392, en relación con el art. 74, todos ellos del C. Penal).

En la sentencia recurrida (folio 103) se sustenta la condena por delito continuado de falsedad en documento oficial por haber faltado deliberadamente a la verdad el acusado Joan Martorell al emitir dos informes, fechados el 22 de junio de 2.005 y 2 de julio de 2.007, en los que hacía constar que Nimbus Publicidad, S.L., estaba ejecutando o había ejecutado satisfactoriamente el contrato, de acuerdo con las cláusulas y prescripciones técnicas; y esa mendacidad no fue inocua, dice la Audiencia, sino nuclearmente relevante, pues permitió la prórroga del contrato en el primer caso, y la liquidación del mismo en el último.

Y en lo que respecta al delito continuado de falsedad en documento mercantil, en la sentencia recurrida se argumenta (folios 103 a 105) que procede aplicar el tipo penal del art. 392 en relación con los arts. 390.1.2º y 74 del C. Penal ("simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad"), cometido por particular, dado que todas las facturas emitidas por Nimbus Publicidad S.L. contra la Vicepresidencia y la Consejería de Relaciones Institucionales, cumplen hasta la saciedad —dice la sentencia— todos y cada uno de los elementos del tipo, en tanto que justificaban la contraprestación de un servicio o actividad que jamás se prestó.

Refiere el Tribunal de instancia que ha de considerarse subsumible en la referida norma penal la elaboración de un documento enteramente falso que recoja un acto o relación jurídica inexistente; es decir, un documento que no obedezca en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó (falta de autenticidad objetiva). Y ello resulta extrapolable —dice— no solo a las facturas emitidas contra la Vicepresidencia y la Consejería de Relaciones Institucionales, sino también a la múltiple facturación de Consultores de Información de Baleares S.L. contra Nimbus Publicidad S.L., pues expresaba unos servicios nunca prestados a Nimbus, sino al Presidente del Govern, siendo el medio para ocultarlos.

Esa argumentación, y la consiguiente decisión condenatoria, no son compartidas por la mayoría de esta Sala. En la sentencia de

casación se expone como argumento nuclear para excluir la aplicación de los tipos falsarios que tanto los dos documentos oficiales como los numerosos documentos mercantiles en la modalidad de facturas emitidos por la entidad Nimbus Publicidad, S.L., se ajustan a la realidad y no son falsos. Por lo cual, según se razona en la sentencia mayoritaria, falta el elemento objetivo del tipo penal de falsedad, esto es, la discordancia entre lo que figura en el documento y la realidad extradocumental.

Para llegar a tal conclusión opera la mayoría con unos razonamientos ya utilizados al tratar el delito de prevaricación y que el redactor de este voto particular no puede asumir. Afirma la Sala que ha quedado probado que el acusado Antonio Alemany sí prestó los servicios de asesoría por los que acabó cobrando tanto los discursos como alguna otra prestación comprendida dentro de los amplios términos del contrato administrativo. Y también señala para justificar la veracidad de los documentos oficiales que los servicios que prestó aquel favorecían el interés general en cuanto eran servicios necesarios y positivos para el interés comunitario.

Pues bien, comparto ambas premisas de la sentencia mayoritaria, pero en cambio no puedo asumir la conclusión que se extrae de ellas: que los dos documentos carecen de un contenido falsario. Pues lo cierto es que en el documento-informe del 22 de junio de 2005 se afirma por Joan Martorell, y así quedó constatado en el fundamento primero de este voto particular y en la sentencia recurrida, que el contrato con Nimbus Publicidad, S.L., se estaba ejecutando satisfactoriamente de acuerdo con las cláusulas y prescripciones técnicas del contrato, y lo mismo se desprende indirectamente del informe oficial de 2 de julio de 2007. Sin embargo, esas aseveraciones no se ajustaban a la realidad, toda vez que el contrato no estaba siendo ejecutado por la entidad contratante sino por Antonio Alemany, quien no podía realizar las prestaciones por dos razones. La primera debido a las incompatibilidades impuestas por la Ley autonómica 2/1996, de 19 de noviembre, cuya observancia había sido el detonante de la instrumentalización del concurso y del otorgamiento de un contrato simulado en el que se ocultaba precisamente la intervención real del referido acusado en su ejecución. Y en segundo lugar, porque se incumplía la cláusula contractual específica impuesta por la Administración autonómica que prohibía operar con la subcontratación.

Y otro tanto debe decirse de las facturas mercantiles, en cuanto que con ellas se aparentaba que el contrato estaba siendo ejecutado y cumplimentado por la empresa de Miguel Romero, que era la que figuraba en el contrato, cuando realmente esas facturas emitidas por Nimbus Publicidad, S.L., no obedecían como pretendía hacerse creer con ellas a una prestación de la referida empresa sino de Antonio Alemany, quien, actuando de facto como asesor personal del Presidente, era quien estaba prestando los servicios de asesoría personal y cobrando las facturas que se emitían mensualmente como remuneración por una labor que le estaba vedada por una Ley vigente.

Por consiguiente, tanto los informes oficiales como las facturas tenían un contenido falsario y lesionaban el bien jurídico tutelado por las referidas normas penales.

A este respecto, tiene ya reiterado esta Sala de Casación en ocasiones precedentes que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil documentos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas (SSTS 349/2003, de 3-3; 845/2007, de 31-10; 1028/2007, de 11-12; 377/2009, de 24-2; y 165/2010, de 18-2, entre otras). Y también se ha establecido, contemplando el bien jurídico desde una perspectiva funcional, que al examinar la modificación, variación o mendacidad del contenido de un documento, han de tenerse presentes las funciones que constituyen su razón de ser, atendiendo sobre todo a la función probatoria, en cuanto el documento se ha creado para acreditar o probar algo, y a la función garantizadora, en cuanto sirve para asegurar que la persona identificada en el documento es la misma que ha realizado las manifestaciones que se le atribuyen en el propio documento (SSTS 1561/2002, de 24-9; 845/2007, de 31-10; y 165/2010, de 18-2, entre otras).

En este caso la emisión de esos documentos es claro que menoscabó la seguridad y la fehaciencia del tráfico jurídico, dado que permitieron ocultar quién estaba realmente ejecutando y cumpliendo el

contrato administrativo, al mismo tiempo que aparentaban que lo cumplimentaba quien no lo hacía y se limitaba a cobrar una comisión.

Con ello, además de instrumentar el fraude a las normas de incompatibilidad de la Comunidad Autónoma, se ocultaba la procedencia de unos ingresos de la Administración autonómica por parte del acusado Antonio Alemany, ingresos que alcanzaron una suma de casi 200.000 euros durante el periodo de 2003 a 2007. De forma que aunque obedecieran a prestaciones realmente realizadas por él se ocultaba quién era realmente el beneficiario, con la repercusión de toda índole que ello tenía en el tráfico jurídico.

Por el contrario, y argumentando en sentido favorable a los acusados, entiendo que, aunque ello no se adujera en los recursos, no se debió condenar por dos delitos continuados sino por uno solo. Y ello porque los actos falsarios fueron todos ellos ejecutados dentro de un mismo plan preconcebido, en el mismo contexto temporal y espacial, con un dolo de conjunto y con vulneración de los mismos bienes jurídicos. De forma que la circunstancia de que unas falsedades fueran realizadas en documento oficial y otras en documento mercantil no suponía un obstáculo jurídico para operar con una misma continuidad delictiva, a tenor de lo que tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala (STS 932/2002, de 24-5; y 374/2003, de 11-3). Y tampoco lo impedía el hecho de que se incurriera en diferentes modalidades de ejecución del art. 390 del C. Penal (SSTS 35/2010, de 4-2; 1090/2010, de 27-11; y 280/2013, de 2-4).

En consecuencia, entiendo que debió mantenerse la condena por los delitos de falsedad, si bien con la matización que acaba de hacerse.

**QUINTO.** En lo que se refiere a la absolución por el delito de **malversación de caudales públicos** en el “Caso Concurso” comparto la decisión absolutoria de la sentencia de la mayoría de la Sala.

El hecho de que se hayan realizado las correspondientes contraprestaciones a la Comunidad Autónoma por parte del acusado Antonio Alemany impide estimar probado que haya sido malversado el patrimonio comunitario.

En la sentencia recurrida se fundamenta la malversación en las comisiones del 5,02 % que se le han abonado al acusado Miguel Romero, comisión que la Audiencia entiende pagada por la Comunidad Autónoma. Sin embargo, y aunque la intervención de intermediarios en cualquier clase de operaciones suele incrementar el coste de la facturación a abonar, en el presente caso no consta debidamente acreditado que el importe de las comisiones saliera directamente del presupuesto de la Comunidad y no de la cantidad que cobró soterradamente por sus servicios al acusado Antonio Alemany. La sentencia recurrida no resulta nada clara en ese extremo (folio 103), como tampoco en lo que atañe al cobro de la suma correspondiente al mes de octubre de 2003 ni al destino de la cantidad de 4.591,64 euros.

Comparto pues el criterio mayoritario de la Sala sobre la falta de constancia de que las comisiones cobradas por Miguel Romero procedieran de dinero público y no de las remuneraciones correspondientes a las prestaciones de Antonio Alemany. Y también participo de la falta de acreditación del destino final de la suma correspondiente al mes de octubre de 2003.

Tampoco hago objeción alguna a la absolución por el delito de fraude a la Administración.

Por último, comparto también el criterio de la mayoría sobre la decisión adoptada sobre el “Caso Contrato Menor” y el “Caso Subvención”.

Alberto Jorge Barreiro

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