



**Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia de 16 Oct. 2009, rec.
2097/2008**

Ponente: Soriano Soriano, José Ramón.

Nº de Sentencia: 1026/2009

Nº de Recurso: 2097/2008

Jurisdicción: PENAL

LA LEY 200572/2009

Caso «Funeraria»: Condena del ex presidente de «Funespaña», absuelto en la instancia, como cómplice del delito de prevaricación cometido por el ex primer teniente de Alcalde y como autor de tráfico de influencias

Caso «Funeraria». Privatización irregular de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios del Ayuntamiento de Madrid. PREVARICACIÓN. Confirmación de condena del ex primer teniente de alcalde del Ayuntamiento. Cargo público responsable y artífice de todo el proceso privatizador y proponente material del acuerdo plenario de adjudicación del 49% del capital de la EMSFM a la sociedad Funespaña, que lo adquirió por 100 pesetas. Condena por complicidad al ex presidente de Funespaña, absuelto en la instancia. Incidencia causal secundaria en la prevaricación cometida. Asesoramiento personal y directo al primer teniente de alcalde, desarrollado en una dirección abiertamente favorable a sus intereses personales, tratando de condicionar la decisión de éste. Clara sugestión, invitación o instigación a la persona del concejal para que resolviera en favor de Funespaña, pero que no puede calificarse como cooperación necesaria o decisiva, sino sólo coadyuvante, al concurrir otros factores en la decisión arbitraria. Participación del b extraneusb en la prevaricación. Cooperación necesaria, inducción y complicidad. TRÁFICO DE INFLUENCIAS.



PRESCRIPCIÓN. Inexistencia. Concurso o conexidad material con la prevaricación. Relación o conexión instrumental, dentro de una actividad delictiva compleja, que toma como referencia el término más largo de los del conjunto. Pleno no jurisdiccional de 29 Abr. 1997. Condena del ex presidente de Funespaña, absuelto en la instancia, al aplicarse un término prescriptivo de 10 años, y no 5, por aplicación de las reglas anteriores. Pertinaz influencia en funcionario público, prevaleciendo de su condición de asesor, para la toma de la decisión de adjudicación del concurso y de condonación de la deuda de la empresa con el Ayuntamiento, asegurándose una participación lucrativa con la operación.

El Tribunal Supremo estima parcialmente los recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada por la AP Madrid que condenó al ex primer teniente de alcalde del Ayuntamiento de Madrid a dos años de inhabilitación como cargo público por un delito de prevaricación relacionado con la privatización irregular de la EMSFAM, apreciando la atenuante de dilaciones indebidas, en el único sentido de condenar, además, al ex presidente de Funespaña y asesor jurídico del edil, como cómplice del delito de prevaricación llevado a cabo por éste y como autor directo de un delito de tráfico de influencias, que la Sala estima no prescrito por conexidad material, dentro de una actividad delictiva compleja, con el de prevaricación.

Texto

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA

Sentencia N°: 1.026/2009

RECURSO CASACION N°: 2097/2008

Fallo/Acuerdo:

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Escrito por: TCP.



- PREVARICACIÓN y TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

- * Participación del "extraneus" en la prevaricación. Cooperación necesaria y complicidad.
- * Malversación de caudales públicos: no concurre. Acción típica y carácter público de los caudales.
- * Prescripción de los delitos contra la Hacienda pública. Ley penal intermedia más favorable.
- * Delitos conexos o vinculados. Conexidad material no procesal.

Prescripción: el término prescriptivo parte de la pena abstracta.

Pleno no jurisdiccional de 29 de abril de 1997. La prescripción del complejo delictivo conexo o vinculado toma como referencia el

término más largo de los del conjunto.

- * Delito de tráfico de influencias y de prevaricación: concurso ideal, medial o conexidad material.

Nº: 2097/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Vista: 01/10/2009

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 1026/2009

Excmos. Sres.:

D. Carlos Granados Pérez

D. Julián Sánchez Melgar

D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Joaquín Delgado García

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 Octubre de dos mil nueve

En los recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por **el MINISTERIO FISCAL, por las acusaciones populares D^a Sagrario , en nombre del Partido Socialista Obrero Español y D^a Andrea , en nombre de Izquierda Unida y por el acusado Franco** , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta (LA LEY 47080/2008), que condenó a dicho acusado Franco como autor de un delito de prevaricación, absolviendo a Miguel del delito de tráfico de influencias y al mismo y a Roman y Torcuato del delito contra la Hacienda Pública correspondiente al ejercicio fiscal del año 1993, en concurso con un delito continuado de falsedad documental y absolviendo igualmente a Franco , Juan María , Marco Antonio , Miguel , Roman , Torcuato , Roque , Jose Ramón e Luis Miguel del resto de los delitos imputados a los mismos, los Excmos.Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, de han constituido para deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo.Sr. D. José Ramón Soriano Soriano; habiendo comparecido como recurridos: Marco Antonio , representado por la Procuradora Sra. López Jiménez; Miguel , representado por el Procurador Sr. Vila Rodríguez; Juan María , representado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén; Torcuato y Roman , representados por el Procurador Sr. Vila Rodríguez; Roque , representado por la Procuradora Sra. Oliva Collar; Luis Miguel , representado por la Procuradora Sr. González Díaz; Jose Ramón e INVERSIONES Y ASESORAMIENTOS FINANCIEROS, S.L., representados por el Procurador Sr.Vila Rodríguez; FUNESPAÑA, S.A., representada por el Procurador Sr.Barreiro-Meiro Barbero y ASTALDO, S.A., representada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira y estando los respectivos recurrentes representados: Sagrario , en nombre del PSOE, por la Procuradora Sra. Granizo Palomeque; Andrea en nombre de IU. por la Procuradora Sra. Gracia Moneva y Franco , por la Procuradora Sra. López Jiménez.

I. ANTECEDENTES



1.- La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid incoó Procedimiento Abreviado con el número 53/1999 contra Franco , Marco Antonio , Miguel , Juan María , Torcuato , Roman , Roque , Luis Miguel y Jose Ramón , siendo responsables civiles: FUNESPAÑA, S.A., ASTALDO, S.A., INVERSIONES Y ASESORAMIENTOS FINANCIEROS, S.L. e ITCON B.V. (en rebeldía), y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección Cuarta con fecha siete de mayo de dos mil ocho dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Se declaran probados los siguientes hechos a los que se contraen las imputaciones que se sostienen contra los acusados:

PRIMERO.- Con ocasión del cambio de Gerente de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. (E.M.S.F.M.S.A.), que tuvo lugar el 2 de octubre de 1990, se puso de manifiesto la difícil situación económica que la entidad venía padeciendo desde que, en el año 1985, el Ayuntamiento adquirió las acciones de titularidad privada y gestionó de manera exclusiva la Sociedad, declarando el régimen de monopolio para la prestación de servicios funerarios y transfiriendo a la E.M.S.F.M.S.A. el servicio de cementerios, sin haber realizado expediente alguno para la gestión de este servicio público.

La asunción de los cementerios obligó a la E.M.S.F.M.S.A. a acometer un plan de inversiones necesarias en los cementerios que fue financiado mediante endeudamiento externo, lo que unido a una gestión que no viene al caso analizar, a la existencia de unas tarifas muy por debajo del coste del servicio y a la deuda que la entidad tenía con el Ayuntamiento desde que en 1987 comenzó a facturarle el importe de los salarios abonados al personal funcionario que trabajaba en ella, la condujo a su límite de endeudamiento para inversiones y al límite de su capacidad generadora de recursos.

Esta situación se veía agravada por el descenso de los servicios prestados, con la consiguiente repercusión en los ingresos, debido a la presencia de Funerarias privadas que, cuestionando de hecho el régimen de monopolio en el que aquella funcionaba, se estaban instalando de forma irregular en Madrid entrando en competencia con la E.M.S.F.M.S.A.

Para enjugar el déficit y reflotar la Empresa, la gerencia propuso al Consejo de Administración, presidido por el acusado don Marco Antonio , mayor de edad, sin antecedentes penales, Concejal de Sanidad y Consumo, e integrado por representantes de todos los grupos políticos con presencia en el Pleno de la Corporación Municipal, la defensa de hecho y de derecho del monopolio, el



aumento de las tarifas, subvención en capital de 2.000 millones de pesetas y congelación de la deuda de la Empresa con el Ayuntamiento por los sueldos del personal funcionario.

De las medidas propuestas, la única que aprobó el Ayuntamiento, con efecto de 1 de enero de 1992, fue la de aumentar las tarifas y los precios de cesión de las unidades de enterramiento hasta igualarlos al coste real del servicio.

Por su parte, don Marco Antonio , Concejal de Sanidad y Consumo, para evitar que funerarias privadas pudieran desarrollar su actividad en competencia con la Empresa Municipal, instó a las Concejalías de los Distritos Municipales en las que aquellas se estaban radicando sin licencia de actividad, a que procedieran a su cierre.

Las medidas adoptadas por el Concejal de Sanidad y Consumo en defensa del ejercicio de la actividad en régimen de monopolio, que eran sustanciales para el reequilibrio de la entidad por ser su única vía para generar ingresos, se mostraron insuficientes al ser acogidas de modo diferente por los distintos Concejales del Grupo de Gobierno en cuyo seno se había comenzado a cuestionar la legalidad del régimen de monopolio en el que actuaba la entidad sobre la base de que a partir del 1 de enero de 1993 entraría en vigor el Mercado Único, comenzando a vislumbrarse, entre los miembros del Equipo de Gobierno, opiniones favorables a que la situación económica de la E.M.S.F.M.S.A. se solucionara dando entrada al capital privado en su accionariado con cesión de la gestión de los servicios que la entidad tenía encomendados.

SEGUNDO.- En este contexto, durante el mes de marzo de 1992, don Marco Antonio conoció al también acusado don Miguel , mayor de edad, sin antecedentes penales, Presidente de la entidad INVAFI, S.A. y abogado con conocimientos especializados de Derecho Administrativo y Comunitario, en particular en materia de libre competencia y monopolios, y se lo propuso al Gerente de la E.M.S.F.M.S.A. como persona adecuada para emitir una opinión sobre la legalidad del monopolio que se estaba cuestionando.

El Gerente, que sostenía junto con el asesor jurídico de la Empresa, la plena legalidad presente y futura de la prestación de los servicios funerarios en régimen de monopolio, aceptó esa propuesta y entró en conversaciones con don Miguel las cuales cristalizaron en la aceptación el 31 de marzo de 1992 por parte del Gerente de la E.M.S.F.M.S.A., con el VºBº de don Marco Antonio como Presidente, del proyecto presentado por INVAFI, S.A. para el estudio de estatus jurídico, estrategia y viabilidad de la Empresa de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. por un importe máximo de 12.000.000 de pesetas. Aceptación que fue formalmente comunicada a los interesados el 7 de abril



de 1992 y confirmada por estos el 8 de abril siguiente, celebrándose el día 30 del mismo mes entre el Gerente, en nombre y representación de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid, S.A., y don Miguel , Presidente de INVAFI, S.A., contrato de arrendamiento de servicios con el objeto anteriormente expresado, obligándose éste a entregar a la Empresa Municipal el estudio efectuado antes del 30 de junio de 1992 y un avance del mismo antes del 30 de mayo de 1992.

Se inició así una relación de prestación de servicios entre don Miguel , la E.M.S.F.M.S.A. y el Ayuntamiento, que fue ampliando sucesivamente el objeto de su actuación lo que permitió a don Miguel ir conociendo a fondo la situación de indefinición jurídica y de crisis patrimonial coyuntural en la que se desenvolvía la entidad, así como las propuestas de la gerencia para conseguir su reflotamiento y su viabilidad y los deseos del Equipo de Gobierno para conseguirlo mediante la integración de capital privado en el capital social de la E.M.S.F.M.S.A. con traspaso a éste de la gestión de los servicios que aquella tenía encomendados.

TERCERO.- La subida de tarifas como única medida adoptada por el Ayuntamiento no fue suficiente, en ese momento, para paliar las dificultades económicas de la E.M.S.F.M.S.A., las cuales persistieron y se agravaron por la cada vez mayor competencia de funerarias privadas lo que hizo que la discusión sobre la legalidad de la actuación de la E.M.S.F.M.S.A en régimen de monopolio, la ruptura de éste por la vía de hecho y las ideas que apuntaban a su solución mediante la privatización de la Empresa y de su gestión trascendieran a la opinión pública y calaran en el conocimiento, tanto de los trabajadores de la propia empresa, que comenzaron a exigir soluciones, como en el de los partidos políticos con representación municipal en cuyo seno, su posible solución, empezó a ser objeto de debate y llevó, el 11 de mayo 1992, a que uno de los Consejeros de la E.M.S.F.M.S.A., Concejal del grupo municipal del P.S.O.E., interesara del Alcalde la información urgente al Pleno del Ayuntamiento de la situación económica de la citada Empresa y se adoptaran las medidas adecuadas para "restaurar su solvencia económica, garantizar los puestos de trabajo de los 750 empleados, y especialmente para recuperar unos servicios a unos precios comparables con los de años anteriores, con la utilización de todas las instalaciones de la empresa, especialmente del tanatorio Sur".

CUARTO.- A partir de ese momento, por el acusado don Franco , mayor de edad, sin antecedentes penales, Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Madrid, partidario de la privatización de la E.M.S.F.M.S.A., se iniciaron estudios técnicos tendentes a ello, para lo cual, además del estudio



que estaba realizando don Miguel , requirió los dictámenes de los órganos técnicos de la Corporación.

A través de la Secretaría General del Ayuntamiento, interesó informe al Jefe del Departamento de Sanidad y Consumo sobre distintos extremos relativos a la E.M.S.F.M.S.A. a los que el mismo respondió en 8 de julio de 1992 lo siguiente:

a) Sobre el carácter de la Empresa Mixta, o en su caso, el régimen que le era aplicable, informó que:

- La E.M.S.F.M.S.A. tenía un capital social de 343.000.000 de pesetas, representado por 321 acciones de la serie A, de un millón de pesetas cada una, nominativas e intransferibles de las que era titular el Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid y 2.200 acciones de la serie B, de diez mil pesetas cada una, nominativas y transferibles "inter vivos", con la previa autorización expresa del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, y "mortis causa" solo a favor del cónyuge, hermanos, ascendientes y descendientes en línea directa, de igual titularidad que las anteriores.

- Con relación a la gestión de servicios, destacaba el informe la indefinición en la que se estaban prestando los mismos por la E.M.S.F.M.S.A. a partir del Acuerdo Plenario de 1 de febrero de 1985, momento a partir del cual el Ayuntamiento, tras haber adquirido la totalidad de las acciones, mediante contrato privado de compraventa a sus titulares, encargó a la entidad la gestión de los cementerios, que hasta esa fecha venía desempeñando mediante gestión directa el Ayuntamiento sin órgano especial de gestión, y la de los servicios funerarios, que venía desempeñando mediante gestión indirecta la Empresa Mixta.

Como consecuencia de tal acuerdo, la Empresa Mixta había modificado sus Estatutos y asumido los servicios de cementerios y los funerarios que se encontraba prestando, planteándose entonces el problema de si en ese momento la prestación de los servicios encomendados a la E.M.S.F.M.S.A. constituía un supuesto de gestión directa o indirecta y, tras hacer el análisis de los preceptos jurídicos que consideraba aplicables, concluyó que se trataba de un supuesto de Gestión Directa y que en materia de contratación podía actuar como cualquier Sociedad Mercantil al ser una persona jurídica de derecho privado y sólo cuando se fueran a enajenar títulos representativos de capital u otorgar participación a favor de personas naturales o jurídicas, habrían de seguirse las normas que regulaban la adjudicación de los contratos de gestión de los servicios públicos.



b) *Con relación a posibilidad de enjugar, mediante una ampliación de capital conforme a las normas de las Sociedades Anónimas en ese momento vigentes, la deuda de dos mil millones de pesetas "que parece existir en relación con el personal", informó que, con la finalidad anunciada, era perfectamente viable, siempre que se aprobara por la Junta General de Accionistas, siguiendo las prescripciones de la L.S.A. y solo si concurrían los requisitos previstos en el artículo 156 de la misma: Que al menos un 25% de los créditos a compensar sean líquidos, vencidos y exigibles, que el vencimiento de los restantes no sea superior a cinco años y que al tiempo de la convocatoria de la Junta se ponga a disposición de los accionistas, en la forma prevista en la Ley, una certificación del auditor de cuentas de la Sociedad, o si no lo tuviere por un auditor a petición de los administradores, que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos en cuestión.*

c) *Sobre la posibilidad de ceder al capital privado el nombramiento de gerente, informó el Jefe de Departamento que la elección de Gerente no le correspondía al capital sino al Consejo de Administración de la entidad, por lo que el cambio de sistema de elección de tal cargo exigía una modificación de los Estatutos de la Empresa.*

d) *Por lo que se refería a los requisitos para la ampliación del plazo de vida de la Empresa más allá de 2016, informó que no resultaba posible prorrogar la existencia de la Empresa más allá del 15 de septiembre de 2016, momento en el que, según la legislación vigente en ese momento, la sociedad se disolvería de pleno derecho.*

e) *Sobre si era posible realizar una oferta pública de venta a particulares de las acciones de la Serie B cuya titularidad era del Ayuntamiento, informó afirmativamente, siempre que se cumplieran para ello los requisitos que para la valoración de las acciones establecían los Estatutos de la Sociedad (artículo 8 : la determinación del valor de las acciones objeto de transmisión se hará por tres peritos designados, respectivamente, por el vendedor, por el comprador y por la sociedad, los cuales emitirán su dictamen a la vista del último balance aprobado), apuntando también la posibilidad de aumentar el capital mediante la emisión de nuevas acciones de la Serie B, con exclusión del derecho de suscripción preferente de las mismas por el Ayuntamiento mediante Acuerdo de la Junta General de Accionistas adoptado con los requisitos señalados en los artículos 159 y 144 y siguientes de la L.S.A .*

Igualmente, a través de don Marco Antonio interesó del Director-Gerente de la E.M.S.F.M.S.A. informe detallado sobre la situación económica de la entidad, el cual le fue remitido el 9 de julio de



1992, en él exponía de nuevo la situación en la que se encontraba la entidad, realizaba un análisis de las causas, detallando las grandes inversiones financiadas con endeudamiento y las que estaban previstas, así como de la repercusión que en la marcha de la Empresa Mixta había tenido el haberse vendido las unidades de enterramiento hasta enero de 1992 muy por debajo de su coste, realizando igualmente un análisis de la plantilla de la entidad y de la influencia de la presencia de funcionarios del Ayuntamiento mezclados con personal laboral prestando servicios en cementerios, al tiempo que le anunciaba que, debido a la situación creada, se vería obligado a presentar la declaración de quiebra.

Simultáneamente inició un sondeo, a través de entrevistas y conversaciones con empresas privadas para conocer el interés que la E.M.S.F.M.S.A. pudiera tener en el mercado y las condiciones en las que estarían dispuestas a intervenir en ella las empresas interesadas.

También durante este mes de junio de 1992, la E.M.S.F.M.S.A. suscribió un contrato de arrendamiento de servicios con la entidad Maxwell y Espinosa, Agencia de Valores, S.A. para la elaboración de un informe de valoración financiera de E.M.S.F.M.S.A. y de la evolución previsible de su negocio en el mercado, partiendo para ello de su gestión en régimen de monopolio de los servicios funerarios y de los cementerios.

El informe de valoración de la E.M.S.F.M.S.A. lo realizó Maxwell y Espinosa, A.V. S.A. con base en los "Criterios para reflotar la Empresa Municipal de Servicios Funerarios" y sobre "las hipótesis cursadas por el Ayuntamiento de Madrid y la E.M.S.F.M.S.A. para la valoración de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios" que le fueron definidos y remitidos por el Ayuntamiento de Madrid a través de su Primer Teniente de Alcalde, don Franco , el 8 de julio de 1992, de todo lo cual y de su resultado tuvo cumplido conocimiento don Miguel .

Los criterios definidos fueron los siguientes:

- 1.- Mantenimiento de la Empresa Mixta con mayoría del Ayuntamiento. Se podría suscribir hasta el 49% del capital por otro socio industrial o financiero.
- 2.- Ampliación del capital por el importe de la deuda que mantiene la E.M.S.F.M.S.A. con el Ayuntamiento. Estudiar posibilidades que esta ampliación de capital sean acciones B.
- 3.- Gestión abierta, pudiéndola llevar el socio minoritario.



4.- Garantizar la totalidad de los puestos de trabajo, realizando la reestructuración necesaria. El excedente de plantilla recolocararlo en otros puestos municipales (especialmente los funcionarios de cementerios).

5.- Prorrogar el plazo de la concesión (termina en el 2016).

6.- Estudiar la concesión administrativa.

7.- Transparencia en la venta de acciones.

Las hipótesis cursadas por el Ayuntamiento de Madrid y la E.M.S.F.M.S.A. para la valoración de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios fueron las siguientes:

"A.- Ventas:

A.1. Número de servicios. Tras una caída a 23.600 servicios en 1992, el control del cumplimiento del monopolio vuelve a elevar a 27.000 los servicios anuales desde 1993 (inclusive), nivel que se mantiene constante en años siguientes.

A.2. Incremento de tarifas anual: Equivalente al Índice de Precios al Consumo del año anterior incrementado en dos puntos, que resulta en un 8% de incremento en 1993, 7% en 1994 y 6% de 1995 en adelante.

B.-Personal:

B.1. Plantilla: Se mantiene constante todos los años, con la única excepción de 1992 (1/8/92), en que se sustituye el personal funcionario de cementerios (165 personas, aproximadamente) por 85 nuevos contratados.

B.2. Incremento salarial: Equivalente al Índice de Precios al Consumo del año anterior incrementado en un punto, que resulta en un 7% de incremento en 1993, 6% en 1994 y 5% de 1995 en adelante.

B.3. Dotación anual al fondo de pensiones: Desde 200 millones de pesetas en 1992, crece anualmente a la misma tasa que el incremento salarial indicado en el punto B.2 anterior.

C.- Amortización, duración de la concesión y cambio del status de la actividad de cementerios: Se mantienen los criterios actuales de amortización y no es necesario dotar un fondo de reversión, al ser la EMSFM de duración ilimitada y la concesión por un plazo de 50 años. La EMSFM cambia su status de "gestor" a "concesionario" de la actividad de cementerios.



D.- Deuda viva con el Ayuntamiento de Madrid: Con fecha 1/8//92 se procede a una ampliación de capital en E.M.S.F.M.S.A., por capitalización de la deuda viva mantenida con el Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid.

E.- Inversiones: Las inversiones totales a realizar por la E.M.S.F.M.S.A. en los años venideros son: 1.204 millones de pesetas en 1992, 1.305 millones en 1993, 1.250 millones en 1994, 900 millones en 1995 Y 200 millones por año desde 1996 en adelante.

F.- Impuestos sobre Sociedades: La bonificación de la E.M.S.F.M.S.A. desaparece en 1992. Las inversiones en cementerios son consideradas gasto deducible (por la amortización anual) y es aplicable a las mismas la deducción por inversiones. Los resultados futuros no se ven afectados por actas levantadas en años anteriores."

Como consecuencia de la aplicación de esas hipótesis, sobre todo la del control efectivo del monopolio en la prestación de servicios, se valoró al 31 de diciembre de 1992 por Maxwell y Espinosa, A.V. S.A., la Empresa Mixta de Servicios Funerarios en 3.000 millones de pesetas, con la acotación de que tal valoración se hacía con base en esas hipótesis y tomándose como referencia 1993 y también 1995 (tercer año consecutivo de beneficios de acuerdo con el resultado de sus proyecciones), una vez hecho efectivo el control del monopolio, pues en otro caso su valoración descendería progresivamente hasta 1.400 millones de pesetas si descendieran hasta 24.000 servicios.

QUINTO.- Los anteriores informes y estudios fueron presentados por don Franco a los integrantes de su Grupo Municipal que, en sesión celebrada en fecha no acreditada pero anterior al 28 de julio de 1992, adoptó la decisión de apoyar las propuestas de privatización parcial de la E.M.S.F.M.S.A. que su grupo presentaría al Pleno del Ayuntamiento.

El 28 de julio se celebró entonces un Pleno Municipal Extraordinario sobre "Situación de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios" cuyo orden del día se cursó con el enunciado "Análisis de la situación actual de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios".

Tras el correspondiente análisis, en el curso de ese Pleno, cada grupo municipal presentó sus propuestas para solventar la situación de crisis económica de la Empresa Mixta a la que todos calificaron de "técnicamente en quiebra financiera". Todas las propuestas fueron sometidas a votación con distinto resultado.



Así, fueron aprobadas las siguientes propuestas de resolución que fueron presentadas por el portavoz del Grupo Municipal del Partido Popular:

** Por unanimidad*

a) Capitalización de la deuda contraída con el ayuntamiento por importe de 2.050 millones con la correspondiente ampliación de capital.

b) Prorrogar la vida de la sociedad más allá de 2016 y establecer una adecuada política de amortizaciones.

c) Revisión total de la política de inversiones dejando a salvo las necesidades del año 1993, cifradas en 9.000 unidades de enterramiento, que se ejecutarán de forma inmediata por vía de urgencia.

d) Garantizar la totalidad de los puestos de trabajo (salvo los cargos directivos), previa reestructuración necesaria en el sector de los que tienen la condición de funcionarios que, en su caso, volverían a otros destinos municipales.

e) Transformar la actual adscripción de la gestión de cementerios en un régimen legal de concesión administrativa, permitiendo así proceder a las correspondientes deducciones fiscales.

** Por mayoría de 30 votos a favor y 21 en contra:*

"Dar entrada a la iniciativa privada por un porcentaje máximo del 49% realizándose los actos jurídicos necesarios o convenientes para:

a) La formalización de una emisión de bonos convertibles en acciones a un plazo mínimo de 3 años y un máximo de 5 años al tipo de mercado, y con las condiciones que fije el Consejo de Administración. O bien

b) La venta de acciones, previa concurrencia pública de ofertas en las condiciones que, igualmente, fije el Consejo de Administración."

** Por 46 votos a favor se aprobaron también las siguientes propuestas del Partido Popular:*

"Renegociar con los establecimientos financieros la deuda -tanto en plazos como en intereses- a la vista del saneamiento empresarial que se produzca en la sociedad, con la puesta en marcha de estos acuerdos" y

"Establecer una política tarifaria dentro del marco legal con revisiones relacionadas con el IPC."



Aprobado lo anterior en el modo expuesto, también se aprobaron las propuestas por los representantes del Grupo Municipal Socialista y del Grupo Municipal de Izquierda Unida, aún cuando algunas de ellas entraban en franca contradicción con lo propuesto y aprobado por el Grupo Popular, como, entre otras, fue la propuesta por el Partido Socialista Obrero Español "Que se mantenga el régimen de monopolio con el capital municipal al cien por cien y que se garantice el cumplimiento del mismo" que fue aprobada por 21 votos a favor y 30 abstenciones y la aprobada por igual mayoría, a propuesta de I.U. de "llegar a consensos durante el plazo necesario para garantizar la viabilidad de la Empresa, y fundamentalmente:

- Manteniendo el carácter de la empresa con capital público al 100%.

-Manteniendo el carácter de gestión en régimen de monopolio.

-Acordando políticas de inversión y endeudamiento.

Planteada en el desarrollo del Pleno por los Grupos Socialista y de Izquierda Unida la contradicción existente entre las propuestas aprobadas, se acordó trasladar la cuestión al Secretario General para que emitiera informe sobre ella.

SEXTO.- Hasta que se emitiera ese informe, para asegurar el buen fin de la propuesta del Grupo Político en el Gobierno, la privatización parcial de la E.M.S.F.M.S.A., don Franco , inició otra ronda de entrevistas con personas y entidades que habían mostrado interés en participar en la E.M.S.F.M.S.A., en ellas, además del referido, estuvo presente e intervino don Miguel , quien a partir de ese momento, sin que conste la existencia de contrato para ello, se convirtió en el asesor directo del Primer Teniente de Alcalde en el proceso para la integración de capital privado en la E.M.S.F.M.S.A. dirigido a la asunción por parte del capital privado de la gestión de la entidad.

Esa posición permitió a don Miguel , S.A. conocer a los posibles licitadores, sus expectativas y sus condiciones para participar.

Entre esos posibles licitadores se encontraba el acusado don Torcuato , mayor de edad, sin antecedentes penales, socio de FUNESPAÑA, S.L. el cual ya a principios del mes de julio había mostrado el interés de esa entidad en participar de la E.M.S.F.M.S.A., con el cual entró en contacto don Miguel , iniciándose así entre ellos una intensa colaboración dirigida a que FUNESPAÑA, S.L. bajo su dirección, formulara una oferta que contuviera los elementos necesarios mínimos para satisfacer las exigencias de los órganos municipales a los que el propio Miguel estaba asesorando,



asegurándole con ello la adjudicación del concurso, a cambio de su participación posterior en la sociedad adjudicataria y en el control de la E.M.S.F.M.S.A.

SÉPTIMO.- El 8 de septiembre de 1992 informó el Secretario General que las proposiciones adoptadas en el Pleno Extraordinario de 28 de julio anterior solo tendrían carácter de "recomendaciones" al Equipo de Gobierno, de modo que ese Equipo, para llevarlas a efecto, "debía" de iniciar los correspondientes expedientes, por la vía normal o de urgencia que procediera, sometiendo su resolución a los órganos competentes.

Don Franco , Primer Teniente de Alcalde, Coordinador de Servicios Técnicos, amparado por la decisión en su día adoptada por el Equipo de Gobierno y conforme al informe del Secretario General, decidió llevar adelante la propuesta aprobada por su grupo municipal de "Dar entrada a la iniciativa privada por un porcentaje máximo del 49%", manteniendo para ello reuniones con el Jefe del Departamento de Sanidad y otros funcionarios, en las que también estuvo presente don Miguel , para buscar la fórmula más adecuada que permitiera la integración de capital privado en la E.M.S.F.M.S.A. que se hiciera cargo de la gestión de los servicios a ésta encomendados.

Tras estas reuniones el proceso privatizador fue definitivamente asumido por el Equipo de Gobierno a través de la Primera Tenencia de Alcaldía, que optó por la tramitación de un expediente para la enajenación del 49% del capital social de la E.M.S.F.M.S.A. por la vía de la licitación en concurso público.

La competencia para la tramitación del expediente, fue atribuida al Departamento de Patrimonio, con la aquiescencia del Secretario General, solución a la que se llegó al tener por objeto la enajenación de un activo patrimonial del Ayuntamiento, cursándose instrucciones a dicho departamento por parte del Director de Seguimiento de Empresas, dependiente directo de la Primera Tenencia de Alcaldía , para que se tramitara el mismo por la vía de urgencia sobre la base de la "situación de quiebra técnica" en la que se encontraba la Empresa Mixta convocándose "concurso" en atención a que "se buscaba un profesional en temas funerarios" que se hiciera cargo de la gestión, dando las pautas necesarias para que se redactara un pliego de condiciones abierto que permitiera cualquier oferta ante la posibilidad de que la Empresa fuera a la quiebra.

OCTAVO.- Conforme a la competencia atribuida, el día 10 de septiembre de 1992 por el acusado don Juan María , mayor de edad, sin antecedentes penales, Concejal del Área de Régimen Interior y de Personal, en la que se integraba el Área de Patrimonio, se dio inicio al expediente administrativo dictando la siguiente resolución: "El Ayuntamiento Pleno en sesión extraordinaria de



28 de julio próximo-pasado aprobó una serie de recomendaciones relacionadas con la situación de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios, entre las que se encontraba la de "dar entrada a la iniciativa privada por un porcentaje máximo del 49% realizándose los actos jurídicos necesarios o convenientes para la venta de acciones previa concurrencia pública de ofertas, en las condiciones que, igualmente fijen el Consejo de Administración.

A la vista de estas recomendaciones procede puntualizar que, conforme a los Estatutos vigentes de la Empresa, si bien todas las acciones, hoy por hoy, son de titularidad municipal, solamente una parte de las mismas, las de la serie B son transferibles y, éstas ocupan una mínima parte del Capital Social de la Empresa.

Ahora bien, como por otra parte y en esas mismas recomendaciones, se prevé la ampliación del capital, si de acuerdo con dichas recomendaciones, los Órganos Gestores de la Empresa determinan que la totalidad ó parte de las acciones representativas del nuevo capital son transferibles, la recomendación del Ayuntamiento Pleno podría llevarse a buen fin considerando que el importe de dicha ampliación, sería el resultante de la capitalización de la deuda que la Empresa tiene contraída con el Ayuntamiento.

Esta Concejalía, no obstante, no puede dejar de considerar que en las recomendaciones que venimos aludiendo, se prevé que la Gestión de Cementerios se realice en el futuro en un régimen legal de concesión administrativa, y si bien, este extremo, por tratarse de una prestación de servicios, extralimita sus propias competencias, sin embargo, condiciona de una forma determinante la entrada del capital privado en la gestión de la Empresa, pues indudablemente, dicho capital o en definitiva quien lo represente, debe reunir unas condiciones especiales para colaborar en la gestión de un servicio también, muy especial, razón por la cual, la entrada del mismo en la Empresa no puede venir determinada, o así lo consideramos de manera exclusiva por la mayor oferta económica que pueda hacerse al Ayuntamiento, toda vez, que éstas podrían ser meramente especulativas, antes bien, sin obviar este factor, han de tenerse en cuenta, otros, como la acreditada capacidad gerencial, la experiencia en empresas análogas, de tal forma que la necesaria enajenación de acciones se realice, si mediante licitación, pero a través de un concurso público, donde de acuerdo con los pliegos de condiciones sean tenidos en cuenta factores distintos de los meramente cuantitativos. En consecuencia, y a tenor de las facultades en mi delegadas por la Alcaldía Presidencia y con objeto de dar el mejor cumplimiento a las transcrita recomendación del Ayuntamiento Pleno vengo en dictar el siguiente DECRETO:



"Procédase, atendiendo a las recomendaciones adoptadas por el Ayuntamiento Pleno en sesión de 28 de julio de 1992 como consecuencia del estudio de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios, a iniciar el correspondiente expediente para dar entrada en dicha Empresa a la iniciativa privada en porcentaje máximo del 49%, mediante la enajenación en concurso público de las necesarias acciones de la Empresa."

Iniciado de ese modo el expediente administrativo, se confeccionaron los pliegos y se recabaron los informes de los técnicos. El 18 de septiembre de 1992 el Jefe del Departamento de Patrimonio, con el "Visto Bueno" del Director de Servicios Internos y el "Conforme" del Concejal Delegado del Área de Régimen Interior y Personal, don Juan María , informó que las acciones de la serie B de la E.M.S.F.M.S.A. eran de carácter transferible y que la Corporación estaba legitimada para enajenar libremente la parte de capital que correspondía a esas acciones de la serie B, así como para interesar la integración de capital privado ajeno a la Corporación en el capital social de la entidad hasta el límite del 49% del mismo, siempre que esa aportación se correspondiera con el de las acciones de la serie B disponibles, proponiendo al Pleno del Excelentísimo Ayuntamiento que, previos los informes de la Secretaría General, de la Intervención General y de la Comisión Informativa de Régimen Interior y Personal, acordara: "PRIMERO: Aprobar los pliegos de condiciones...SEGUNDO: Disponer la convocatoria del correspondiente concurso público....TERCERO: Disponer igualmente, que dicho expediente se tramite por el procedimiento de urgencia..."

Los Pliegos de Condiciones se confeccionaron por los órganos Técnicos del Área de Patrimonio sin más indicaciones que las instrucciones recibidas de la Dirección de Seguimiento de Empresas, como se ha expuesto en el hecho anterior, en ellos se señaló, como objeto del contrato, la integración, mediante licitación por concurso público de capital privado ajeno a la Corporación en la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. "en cualquiera de las fórmulas admitidas en la legislación vigente hasta el límite máximo del 49% del capital social de la misma"; se fijó, como valor tipo del contrato, el de 1.470.000.- pesetas, precio que fue proporcionado por la Concejalía de Sanidad y que se correspondía con el 49% de la valoración financiera de la empresa efectuada por la firma Maxwell y Espinosa en 15 de julio de 1992, posponiendo su fijación definitiva al acuerdo de adjudicación, a resultas de la licitación, se admitían tanto ofertas al alza como a la baja, previniéndose en él que, reservándose sin limitación la Corporación la potestad discrecional de declararlo desierto, el concurso se adjudicaría a la proposición más ventajosa "sin atender necesariamente al valor económico de la misma", previendo que "se tendrían en cuenta las



circunstancias especiales de los concursantes para mejor colaborar en la gestión del servicio público encomendado a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios."

La anterior propuesta y los pliegos fueron trasladados para informe al Secretario General que lo emitió en sentido favorable el día 23 de septiembre de 1992, evacuándolos el Interventor General y la Comisión Informativa de Régimen Interior, también en sentido favorable, el 24 de septiembre de 1992.

NOVENO.- Al tiempo que se seguían los trámites para la integración mediante licitación por concurso público de capital privado ajeno a la Corporación en la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A., el Presidente del Consejo de Administración de la entidad, don Marco Antonio , conforme a la recomendación aprobada por unanimidad en el Pleno del Ayuntamiento de 28 de julio de 1992, propuso en la Reunión del Consejo de Administración celebrada el 2 de octubre de 1992, que por la Junta General Extraordinaria de Accionistas debidamente convocada se aprobara "la compensación de créditos contra la Sociedad y a favor del Ayuntamiento que existen en la actualidad y que se devenguen hasta el 30 de septiembre de 1992, que figuran en nuestro pasivo derivados de las nóminas y cargas sociales de los funcionarios que prestan servicios en los cementerios".

En esta reunión el Consejo de Administración de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. acordó proponer a la Junta General:

- un aumento de capital de 2.274.000.000 de pesetas "mediante aportación no dineraria por capitalización de parte de la deuda que, según certificación del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, ascendía a 2.274.747.645 pesetas...mediante la emisión de 1015 acciones de la serie A, nominativas a favor del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid e intransferibles de un millón de pesetas nominales cada una y de 125.900 acciones de la serie B, nominativas y transferibles, siempre que se cumpla lo establecido en el artículo 8 de los Estatutos Sociales, de diez mil pesetas cada una."

- Que todas las nuevas acciones emitidas fueran suscritas por el Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, previo acuerdo adoptado al efecto por "compensación de parte del crédito que por 2.274.747.645 tiene contraído la Sociedad a favor de aquél".

- Refundición de las dos series de acciones existentes, A y B, en una sola de carácter nominativo de 10.000 pesetas cada una, que sustituirían a las existentes hasta ese momento, numeradas del 1



al 261.700, ambos inclusive. De ellas las numeradas del 1 al 133.467, ambas inclusive, representativas del 51% del capital de titularidad del Ayuntamiento, serían intransferibles, siendo las restantes transferibles "inter vivos", con la previa autorización expresa del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, y "mortis causa" solo a favor del cónyuge, hermanos, ascendientes y descendientes en línea directa, contemplando en cuanto a la verificada "inter vivos" cuando no se trate de cónyuge, hermanos, ascendientes y descendientes en línea directa, un derecho preferente de adquisición a favor del resto de los accionistas tenedores de los títulos 133.468 al 261.700, debiendo determinarse el valor de las acciones objeto de transmisión se hará por tres peritos designados, respectivamente, por el vendedor, por el comprador y por la sociedad, los cuales emitirán su dictamen a la vista del último balance aprobado.

- Facultar al Presidente de la Sociedad o, en su defecto al Vicepresidente, para la realización de cuantas actuaciones fueran necesarias hasta la plena ejecución de esos acuerdos.

Por último el Consejo de Administración aprobó, a propuesta de su Presidente, don Marco Antonio , el cese del Director- Gerente de la entidad y la asunción, por él mismo, de las funciones propias de la gerencia de modo transitorio.

No obstante, ni la ampliación de capital propuesta ni la modificación de los estatutos, a pesar de que con ello se ponía a la E.M.S.F.M.S.A. en situación de poder transferir el 49% de su capital, fue acordada por la Junta General Extraordinaria de Accionistas ya que la misma fue desconvocada, sin que hayan quedado acreditadas las razones de esa desconvocatoria.

DÉCIMO.- El 7 de octubre de 1992 fue sometida al Pleno del Ayuntamiento, en sesión pública extraordinaria, la propuesta para la integración, mediante licitación por concurso público, de capital privado ajeno a la Corporación en la Empresa Mixta y los pliegos de condiciones que habrían de regirlos, que fue aprobada por 30 votos a favor y 26 en contra.

Aprobados los pliegos de condiciones, se anunció al público el concurso "para contratar la integración del capital privado ajeno a la Corporación en el Capital Social de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. hasta el límite máximo del 49 por ciento del mismo" poniéndolos de manifiesto en la Secretaría del Ayuntamiento, insertándose el anuncio en el BOCAM el 16 de octubre de 1992.

Durante el tiempo de exposición del anuncio del concurso continuaron las entrevistas entre don Franco , don Miguel y los posibles concursantes a los que se les informó de que la adjudicación



conllevaba la gestión de la Empresa Mixta y se le proporcionó como documentación informativa integrante de los pliegos de condiciones el informe de viabilidad de la entidad realizado por la firma Maxwell y Espinosa, las Memorias de la E.M.S.F.M.S.A. hasta 1991, inclusive, la certificación de la deuda que a fecha 30/09/92 mantenía la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. con el Excmo. Ayuntamiento de Madrid por razón de los sueldos abonados a los funcionarios que desarrollaban su trabajo en los cementerios y que, según balance, ascendía a la suma de 2.274.747.645 de pesetas y las cuentas de la entidad cerradas a 30 de junio de 1992 en las que no aparecía ningún dato contable relativo a la dotación del fondo de pensiones ni a las actas que la Inspección Tributaria había levantado a la Sociedad que en la Memoria del año 1991 estaban concretadas en más de setecientos millones de pesetas y que sí figuraban en la Memoria del año 1991, deudas, estas últimas, cuya prescripción había notificado la Inspección Tributaria en 22 de marzo de 1992.

UNDÉCIMO.- Contra el anuncio del concurso y los pliegos que lo regían se formularon tres reclamaciones, solicitando la declaración de nulidad del concurso y de los pliegos. Una contra el anuncio; otra contra el acuerdo de aprobación del pliego de condiciones del concurso público y, la tercera, contra el pliego de condiciones.

Las tres reclamaciones fueron íntegramente desestimadas, a propuesta del Jefe de Departamento de Patrimonio con el "conforme" del Director de Servicios Internos y del Secretario General, por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el 28 de octubre de 1992 con 24 votos a favor y 19 en contra.

La primera de ellas, por haber cumplido el anuncio su finalidad: dar a conocer la existencia de la aprobación del Pliego a fin de que contra él pudieran formularse reclamaciones.

La segunda, por considerar que en el Pliego de Condiciones estaba ampliamente contemplado el objeto del concurso, el cual, se estimaba, estaba totalmente abierto a cualquier tipo de proposición por parte de los concursantes, pudiendo formularse propuestas respecto a su cooperación en la prestación del servicio o limitarse a la adquisición de las acciones transferibles de la empresa, bien las transferibles en ese momento, a tenor de los Estatutos, o bien las que fueran transferibles a consecuencia de una posible ampliación de capital, hasta el límite del 49%, al no existir impedimento a ofertas sobre cosa futura, siendo la apertura en esas posibles ofertas lo que justificaba el contenido del propio concurso e impedía considerarlo como "ciego".



La tercera, en cuanto al precio, por considerar que, con la fijación de 1.400 millones (de pesetas) por el 49% del capital social, se llegaba a una correcta determinación, bien fuera, con modificación previa de los Estatutos, si el oferente quería llegar al límite del 49%, bien con el cálculo proporcional, mediante una regla de tres, de la parte en la que quisiera integrarse como socio en la empresa que, en las condiciones del momento (6,41%) sería de 183 millones (de pesetas), considerando que, el todo, serían los 1.400 millones (de pesetas).

DUODÉCIMO.- Entre los días 30 de octubre de 1992 y el 12 de noviembre de 1992, presentaron su oferta en la Sección de Contratación de la Secretaría General, para optar al concurso anunciado, tres entidades: FUNESPAÑA, S.L., SERVICIOS FUNERARIOS DE ARANJUEZ, S.L. y FINCA NAVACERRADA, S.A. las tres, de contenido heterogéneo, tenían en común la asunción de la gestión de los servicios encomendados a la E.M.S.F.M.S.A., la absorción por parte del Ayuntamiento del personal funcionario que trabajaba en ella y la no asunción de la deuda que por los salarios de estos últimos tenía contraída con él la Empresa Mixta.

El acusado, don Torcuato , mayor de edad, sin antecedentes penales, en representación de FUNESPAÑA, S.L., sociedad que contaba con un capital social de 50.000.000 de pesetas, dándose por enterado de los pliegos de condiciones que iban a regir en el concurso para la integración de capital privado ajeno a la Corporación en la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. hasta el límite máximo del 49% del capital de la misma, presentó la oferta redactada de común acuerdo por don Torcuato y don Miguel , en ella se comprometía FUNESPAÑA, S.L. "a tomarlo a su cargo con arreglo a los mismos, por el precio de cuatro mil cincuenta y ocho millones setecientas cincuenta mil cien pesetas", con la salvedad, según su nota a pie de página, de que lo hacía según la oferta económica que adjuntaba y en las condiciones en ella establecidas, obligándose, asimismo, al cumplimiento de cuantas obligaciones se derivaran de los pliegos de condiciones del concurso.

La nota al pie de página a la que se refería FUNESPAÑA, S.L., que constituía su verdadera oferta, se fundamentaba, según su dicción literal "en las recomendaciones aprobadas por el Pleno del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid del pasado 28 de julio" y consistía en:

1º.- Adquirir el cuarenta y nueve por ciento (49%) del capital actual la E.M.S.F. de Madrid por el precio de 100 pesetas (100 pesetas). Si bien se comprometía a adquirir el 49% de las acciones por su neto patrimonial si éste fuese positivo.



2º.- Ampliar el capital con carácter inmediato para cubrir el neto patrimonial negativo de la E.M.S.F.M.S.A., por un importe de 200.000.000 de pesetas (doscientos millones de pesetas), comprometiéndose, para el caso de que el neto patrimonial fuere inferior (sic) a ampliar el capital en la cuantía necesaria para equilibrar los recursos propios. Asumiendo en su integridad esa ampliación, liberando al ayuntamiento de cualquier desembolso por tal concepto.

El resto de lo que denominaba oferta económica, hasta llegar hasta la suma de cuatro mil cincuenta y ocho millones setecientas cincuenta mil cien pesetas que como precio señalaba la oferente en el título de su oferta, carecía de virtualidad pues, por un lado, se refería a compromisos cuantificados económicamente por ella misma sin ofrecer las bases para su cálculo y, por otro, eran la natural consecuencia de la adquisición del 49% de la E.M.S.F.M.S.A., y consistían en:

A) La asunción a prorrata del Fondo de Maniobra Negativo de la E.M.S.F.M.S.A. que, dependiendo de la evolución de los servicios calculaba la oferente que podría llegar a 1.200.000.000 de pesetas (mil doscientos millones de pesetas).

B) La cobertura a prorrata del déficit de dotación del Fondo de Pensiones que cifraba, dependiendo de la evolución de la dotación que se efectuara en 1992, en 1.200.000 de pesetas más.

C) La asunción de la prorrata del pasivo laboral de la E.M.S.F.M.S.A. que, atendiendo a la antigüedad del personal y el convenio colectivo vigente en el momento, estimaba en 4.500.000.000 de pesetas (cuatro mil quinientos millones de pesetas) en caso de liquidación de la E.M.S.F.M.S.A.

D) La asunción a prorrata del endeudamiento financiero, excluyendo la deuda con el Ayuntamiento por el salario de los funcionarios, y asunción de la cesión libre de cargas al Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid del Pórtico de la Almudena, liberándolo de la parte proporcional de la deuda que lo gravaba y que cifraba en 975 millones de pesetas (novecientos millones de pesetas).

La oferta la condicionaba FUNESPAÑA, S.L.:

1º.- A la "compensación" por el Ayuntamiento de la deuda que la E.M.S.F.M.S.A. tenía con él por un importe aproximado de 2.300.000.000 de pesetas (dos mil trescientos millones de pesetas) en concepto de retribución de los funcionarios que venían prestando servicios en los cementerios de la capital, considerándola congelada desde el 1 de octubre de 1992.



2º.- A la tramitación de un expediente de concesión de cementerios, ordenando la actuación de la E.M.S.F.M.S.A. sobre los cementerios, para así poder proceder a la deducción fiscal de las inversiones realizadas y acomodando, en lo jurídicamente posible, la duración de la compañía a los plazos previstos para las concesiones en la Ley de Régimen Local.

FUNESPAÑA, S.L. se comprometía a garantizar todo los puestos de trabajo del "personal propio" de la E.M.S.F.M.S.A. "sujetos a convenio colectivo".

Por último, la oferta de FUNESPAÑA, S.L. contenía una cláusula de "retribución por su gestión corporativa" por importe del 20% (veinte por ciento) de los beneficios netos antes de impuestos. Gestión a la que se comprometía, alegando en su favor un profundo conocimiento del sector, que le llevaría a aumentar en 1.500, como mínimo, el número de servicios para 1993, con incrementos en los años sucesivos, hasta alcanzar el número de servicios propios de la E.M.S.F.M.S.A. "según su régimen jurídico y ámbito de actuación", circunstancia que, por sí misma, estimaba que equilibraría el fondo de maniobra de la entidad, asumiendo el Presidente de FUNESPAÑA, S.L., don Torcuato , el compromiso de desempeñar el puesto de Consejero Delegado.

Por la representación de SERVICIOS FUNERARIOS DE ARANJUEZ, S.L., enterado del pliego de condiciones que iba a regir en el concurso para la integración de capital privado ajeno a la Corporación en la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. hasta el límite máximo del 49% del capital de la misma, se comprometía "a tomarlo a su cargo con arreglo al mismo, por el precio de quinientos millones seiscientas cincuenta y dos mil pesetas".

La valoración de la oferta económica la realizaba esta entidad, en función de los datos económico-financieros contenidos en el informe de Maxwell y Espinosa, así como el contenido y particulares de las Memorias de la E.M.S.F.M.S.A. desde 1983 a 1991, ambos inclusive.

Siguiendo el sistema de valoración de Maxwell y Espinosa, analizando las Memorias de la E.M.S.F.M.S.A., consideraba que los servicios netos computables/año, se concretaban en 23.500 servicios lo que determinaba que la valoración de la E.M.S.F.M.S.A. ascendiera a 1.021.739 millones de pesetas por lo que la cantidad ofertada por ellos (500.652.000 de pesetas) representaba "el 49% máximo de privatización."

Esta oferta la condicionaba:

1º A que el Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid se realizaran las operaciones contables y financieras para que el valor de la participación de la corporación fuera de 521.087 millones de



pesetas, equivalentes al 51% del capital social de la E.M.S.F.M.S.A. (realizando la ampliación y reducción necesaria), en correlación con la valoración de la empresa verificada por la oferente sobre los 23.500 servicios, una vez absorbida por el Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid la deuda que la Sociedad tenga con él a la fecha de la integración efectiva de la parte privada.

2º A la certificación de las Cuentas de Balances así como de pérdidas y ganancias, con expresión de detalle y formación de saldos, imputándose "exclusivamente" a los resultados del ejercicio y con cargo al Ayuntamiento, particularmente lo referido al resultado final de las "actas que la Inspección Tributaria ha levantado a la Sociedad y que estaban concretadas a más de setecientos millones de pesetas", de modo que, cualquier alteración, en más o en menos, de los valores finales nunca minoren ni el porcentaje ni los derechos políticos y económicos de la parte privada que son el 49% de la Sociedad.

3º Verificación de las variaciones de la estimación de resultados del ejercicio de 1992.

4º La Gestión de la Sociedad a cargo de la parte privada, sin perjuicio del control por parte del Ayuntamiento.

5º Que la situación de gestión de cementerios se pasara "concesión administrativa".

6º Incremento de las tarifas en dos puntos por encima del I.P.C. hasta la recomposición de la relación reservas-capital.

7º Si en Derecho fuera posible, prórroga de la Sociedad más allá de 2016.

8ª Ratificación por el Ayuntamiento de que "la concesión administrativa de funeraria y cementerios" se reconocen a favor de la E.M.S.F.M.S.A. de forma exclusiva y excluyente hasta el término de la concesión.

La oferente aportaba un plan de viabilidad centrado en:

Política de inversiones ajustada a la demanda de forma que, la disponibilidad de unidades de enterramiento en nichos no superara el mínimo de seguridad de un 15% de la media ponderada.

Implantación de un sistema de control de costes interno y externo por aplicación de la contabilidad analítica.

En materia de personal se comprometía a mantener a la totalidad del personal fijo pudiendo llegar a aumentar la plantilla hasta 457 trabajadores, interesando la retirada por parte del Ayuntamiento de todos los funcionarios que prestan sus servicios en cementerios, y quedando excluidos de esa



estabilidad los "cargos directivos y mandos intermedios que el nuevo organigrama no considerara necesarios".

Como Anexo a la oferta la licitadora señala que la misma, durante el tiempo que durara su participación en la E.M.S.F.M.S.A., percibiría "como prima de gestión" un 1% de la facturación bruta (sin I.V.A.) "sean cuales sean el resultado de su gestión", al que se añadirá un 2% de la facturación a partir de que, como resultado de su gestión, la E.M.S.F.M.S.A. obtuviera beneficios, si bien si éstos no resultaran suficientes, se limitaría al 50% de su resultado neto.

Adicionalmente, percibiría el 50% de los beneficios netos, después de impuestos, como remuneración del capital, la E.M.S.F.M.S.A. tan pronto ésta obtenga beneficios en concepto de dividendos.

La representación de la entidad FINCA NAVACERRADA, S.A. enterado de los pliegos de condiciones que iban a regir en el concurso para la integración de capital privado ajeno a la Corporación en la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. hasta el límite máximo del 49% del capital de la misma, se comprometía "a tomarlo a su cargo con arreglo a los mismos, por el precio de pesetas mil trescientos cincuenta millones (pesetas #1.350.000.000.-#) en las condiciones que se detallaban en el Anexo que se adjuntaba a la proposición.

Según tal Anexo, FINCA NAVACERRADA, S.A., considerando que, dada la composición accionarial de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. en ese momento solo permitía la transmisión de las acciones nº 2 a 2.223 de la serie B, con un valor nominal de 22.000.000 de pesetas, procedería de modo inmediato a la adquisición de tales acciones por el importe reseñado.

Posteriormente se comprometía a suscribir otro paquete de acciones hasta alcanzar la participación del 26,40% del capital abonando la suma de trescientos veinte millones de pesetas (320.000.000 de pesetas), lo cual sometía al cumplimiento de las siguientes condiciones:

"A) Realización por parte de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. de la totalidad de los servicios mortuorios de los fallecimientos producidos en el término municipal mediante comprobación de las inscripciones en el Registro Civil.

B) Modificación de los Estatutos adecuándolos a la nueva realidad de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A., consistentes en:

1.- Que las acciones deberán ser al portador.



2.- Que el órgano de Administración sea un Consejo con un mínimo de 7 miembros y un máximo de 11, designándose un Consejero-Delegado a propuesta del capital privado.

3.- Que para que las Juntas Generales puedan acordar válidamente la emisión de obligaciones, el aumento o reducción de capital social, la transformación, fusión y la disolución de la Sociedad, y, en general, cualquier modificación de los Estatutos sociales, deberán concurrir a ella, tanto en primera como en segunda convocatoria, los 2/3 del capital suscrito, mayoría que será igualmente necesaria para aprobar esos acuerdos.

C) Renegociación de la deuda exigible a corto y largo plazo con las Entidades Financieras.

D) Renuncia por parte del Excmo. Ayuntamiento de Madrid de su derecho de suscripción en las ampliaciones de capital que pudieran acordarse, siempre que ello no suponga disminuir su participación en el capital social por debajo del 51%.

E) Aceptación por parte del Excmo. Ayuntamiento de Madrid del conjunto de normas propuestas por FINCA NAVACERRADA, S.A., para la viabilidad de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A., según se detalla a continuación:

1.- Plantilla del personal: El Ayuntamiento deberá absorber los puestos de trabajo del personal funcionario de Cementerios.

FINCA NAVACERRADA, S.A. estima correcta la plantilla existente del resto del personal, contando con que se reciclará parte del personal variando sus funciones.

2.- Cargos directivos: Los puestos de confianza con carácter directivo que se estimen necesarios, deberán ser revocados y sustituidos por el Equipo designado por FINCA NAVACERRADA, S.A., que será encabezado como Gerente por D. Geronimo .

3.- En cuanto a las tarifas, la oferta se basaba en las vigentes en ese momento, las consideraba mínimo indispensable debiéndose incrementar en el IPC anual. Indicando que si se daba la condición siguiente podría reducirse para 1993 en un 3,20%.

4.- Reducir, a partir de 1993, la temporalidad de los enterramientos de 10 a 5 años, temporalidad existente hasta 1975.

5.- Acuerdos con las Compañías aseguradoras para propiciar un incremento de facturación de la entidad dado que constituyen el 70% de la facturación de la Empresa.



6.- Realización del inmovilizado: Establecimiento de un Plan de Adjudicación de Unidades de Enterramiento, disponibles en ese momento, a Entidades (Compañías de Seguros, grandes empresas nacionales, Mutualidades etc.) con el fin de mejorar los índices de endeudamiento de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A.

7.- Adecuación de instalaciones: la adaptación del Tanatorio Sur, habilitando en él una nueva oficina de contratación para dar cobertura a la mitad Sur de Madrid, así como la instalación en él de una zona para alojamiento de familiares de los fallecidos.

8.- Destino de los fondos pagados por FINCA NAVACERRADA, S.A. en la compra de acciones, debiendo el Ayuntamiento de Madrid, por el medio que estime oportuno, ingresar el dinero pagado por FINCA NAVACERRADA, S.A. en la Caja de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A.

Cumplidas las anteriores condiciones FINCA NAVACERRADA, S.A. se comprometía a suscribir un tercer paquete de acciones hasta alcanzar una participación del 49% del capital social por importe de mil ocho millones de pesetas (1.008.000.000 de pesetas), lo cual sometía también al cumplimiento por parte del Ayuntamiento de las siguientes condiciones:

1º Compensación de las deudas que actualmente mantiene la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. con el Excmo. Ayuntamiento de Madrid y que, según balance al 30/09/92, asciende a la suma de 2.274.747.645 de pesetas.

2º Que el Excmo. Ayuntamiento de Madrid se haga cargo de cualquier cantidad que no figure en el Balance y cuenta de Pérdidas y Ganancias.

Esta oferta no contenía ninguna cláusula retributiva por la gestión.

DÉCIMO TERCERO.- Presentada su oferta, don Torcuato procedió a realizar en FUNESPAÑA, S.L. las adaptaciones necesarias para poder ser adjudicataria y poder cumplir él mismo con sus compromisos, y, a tal fin, el 7 de noviembre de 1992, la Junta General Universal Extraordinaria acordó una ampliación de capital de la sociedad de 50.000.000 a 100.000.000 de pesetas mediante la emisión de 5.000 participaciones por un valor nominal de 10.000 pesetas cada una de ellas, numeradas del 5001 al 10.000 ambos inclusive, facultando a los socios para que estas nuevas participaciones pudieran ser libremente transmitidas por ellos.



De las nuevas participaciones, 4.210 (de la 5.791 a la 10.000) fueron suscritas por don Torcuato y 160 (de la 5.001 a la 5.160) lo fueron por don Roman , ambos las suscribieron mediante la aportación de pagarés contra el Banco Central Hispano.

Esta ampliación convirtió a don Torcuato en el socio mayoritario de la entidad con un porcentaje de participación en el capital del 54,6%.

El 10 de noviembre de 1992, don Torcuato propuso a la Junta General de accionistas de FUNESPAÑA, S.L., que lo acordó por unanimidad, una nueva ampliación del capital de la sociedad "en la cuantía que sea precisa si se obtiene la concesión del concurso convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid en el Boletín Oficial del Estado (sic) número 247 (B.O.C.M.) de fecha 16/X/1992". Este aumento de capital se preveía que habría de realizarse en el plazo máximo de treinta días a contar desde la fecha de adjudicación provisional del concurso.

DÉCIMO CUARTO.- Don Miguel , que, como se ha dicho en el hecho sexto, había asesorado el proceso privatizador, informó también sobre las ofertas presentadas, transmitiendo su particular y sesgada opinión sobre la situación económica de la E.M.S.F.M.S.A. y sobre las ofertas a don Franco y a don Marco Antonio , trasladándoles el convencimiento de que, si no se procedía a la adjudicación del concurso, la Empresa Mixta habría de proceder a su disolución.

Esta opinión la asumieron ambos Concejales los cuales, sin darles indicaciones concretas, sí trasladaron a los órganos técnicos que tenían que informar sobre las ofertas, la necesidad de adjudicar el concurso para evitar que la E.M.S.F.M.S.A. tuviera que declarar la quiebra.

DÉCIMO QUINTO.- El análisis de las ofertas se atribuyó por don Franco , Presidente del acto de apertura de plicas, al Departamento Central del Área de Sanidad y Consumo, cuyo Jefe, al carecer de conocimientos para examinar el contenido económico de las ofertas, se remitió en ese aspecto al criterio de la Intervención General, evacuando informe sobre ellas el 3 de diciembre de 1992 el siguiente informe: "No es función de este Departamento entrar en la valoración de criterios de oportunidad de las decisiones que deba aportar la Corporación, pero sí señalar que, si bien declarar desierto el concurso podría reportar un estudio más detenido de los planteamientos que podrían atraer un mayor número de ofertas, es indudable que, con independencia de las consecuencias económico-financieras existentes en la Empresa, esta decisión significaría posponer durante un largo periodo de tiempo la solución del problema, la pérdida de los meses de trabajoso avance transcurridos y la persistencia de una situación de inseguridad jurídica que no parece la más idónea para la buena marcha de la Sociedad.



Por ello, se propone que, se proceda a la adjudicación del presente concurso, extremándose el rigor en la ejecución de las operaciones que esta lleva consigo, en virtud de las singulares características del mismo.

En consecuencia, sopesando las circunstancias de las tres ofertas es indudable que la única que no impone contrapartidas inaceptables, por suponer aportaciones del Ayuntamiento, dilación en el pago o no reconocimiento de los puestos de trabajo es FUNESPAÑA, S.L., S.A., por lo que se considera que si así lo estima oportuno la Corporación, podría realizarse la adjudicación en su favor."

El Concejal Delegado del Área de Sanidad y Consumo, don Marco Antonio , prestó su conformidad a la anterior propuesta y la remitió para informe al Área de Régimen Interior y Personal y a la Secretaría General.

DÉCIMO SEXTO.- Ese mismo día don Marco Antonio , a la vista del informe y previendo la inminente adjudicación del concurso, propuso al Consejo de Administración de la E.M.S.F.M.S.A., para su posterior acuerdo en Junta General de Accionistas, la modificación de sus Estatutos Sociales "para su adaptación a la nueva situación que comporta en la entidad la integración de capital privado que se concretaban en:

- Refundir las dos series de acciones A y B existentes hasta el momento, en una sola de carácter nominativo, de 10.000 pesetas numeradas del 1 al 34.300, siendo las número 1 al 17.500, ambas inclusive, representativas del 51% del capital de titularidad municipal, intransferibles, previendo la posibilidad de transmisión de las restantes, con cumplimiento del artículo 8 de los Estatutos de contenido idéntico a lo ya transcrito en el hecho sexto , previendo igualmente la adaptación de los Estatutos para una eventual ampliación de capital.

DÉCIMO SÉPTIMO.- El 10 de diciembre de 1992 el Jefe del Departamento de Patrimonio formuló la siguiente propuesta de resolución al Pleno del Ayuntamiento "Adjudicar a la Empresa FUNESPAÑA, S.L. el concurso convocado por Acuerdo Plenario de 7 de octubre..." propuesta que se pasó con el Visto Bueno del Director de Servicios Internos y el conforme de don Marco Antonio para informe a la Secretaría General y a la Intervención de Fondos. El Secretario General lo evacuó estampando su "conforme" en la propuesta de resolución.

Por el Interventor General, único asesor municipal en materia económica, se informó la propuesta de adjudicación a FUNESPAÑA, S.L. el 14 de diciembre de 1992 poniendo de manifiesto que, dada



la situación indeterminada existente en las relaciones económico-financieras entre el Ayuntamiento de Madrid y la E.M.S.F.M.S.A., derivada de la encomienda a esta empresa de la gestión de cementerios sin que mediara el correspondiente expediente para esa concesión, la compensación de deudas entre el Ayuntamiento de Madrid y la E.M.S.F.M.S.A, requería que, frente a la deuda contraída por la primera por razón de los salarios de los funcionarios que prestaban sus servicios en la E.M.S.F.M.S.A., se concretara y liquidara la que el Ayuntamiento tenía con la E.M.S.F.M.S.A. por la falta de cobertura financiera en inversiones y otras prestaciones a cargo del Municipio, de modo que, figurando la deuda de la E.M.S.F.M.S.A. en las cuentas del Ayuntamiento era preciso que la de la Corporación reconociera en su propio presupuesto el gasto y lo dotara en cualquiera de las formas previstas en la Ley, solo así, concluía el Interventor, podría realizarse la correspondiente compensación.

Consideraba, igualmente, que al ser esa compensación "base previa" de la oferta de FUNESPAÑA, S.L. debería de hacerse con anterioridad a la adjudicación pues, en otro caso, además de tener repercusiones en orden a bonificaciones fiscales, la adjudicataria podría alegar título para participar en ese ingreso, amén de que la misma alteraría sustancialmente la estructura financiera de la E.M.S.F.M.S.A. al determinar un resultado (beneficio) que permitiría compensar pérdidas de ejercicios anteriores y dotar reservas legales y voluntarias.

Señalaba el informe, además, que la compensación debería ser considerada, en todo caso, a efectos de valorar el Patrimonio Neto de la E.M.S.F.M.S.A. pues, después de realizada, resultaría positivo y, por ende, el precio a satisfacer por FUNESPAÑA, S.L., habría de ser el equivalente al 49% del Patrimonio Neto, que calculaba, previendo unas pérdidas en 1992 de 400.000.000 de pesetas y dotado el fondo de pensiones en 771.000.000 de pesetas, sin tener en cuenta la valoración del fondo de comercio a 31 de diciembre de 1992, ascendería a 2.241.000.000 de pesetas, por lo que FUNESPAÑA, S.L. debería de ingresar en las arcas municipales la suma de 1.098.000.0000 de pesetas, con lo que, a su juicio, carecía de sentido entonces, la ampliación de capital de la E.M.S.F.M.S.A. propuesta por FUNESPAÑA, S.L.

Con relación a la oferta de la asunción a prorrata por parte de FUNESPAÑA, S.L. de lo denominado por ella "pasivos" considera el Interventor General, que no son valorables ya que, la adquisición por ella del 49% del capital de la E.M.S.F.M.S.A., suponía la asunción automática de los activos y de los pasivos.



Por último señalaba, en cuanto a la retribución por la gestión interesada por FUNESPAÑA, S.L., que la misma era confusa y podría interpretarse que esta entidad reclama una retribución por la gestión del 20% de los beneficios netos antes de impuestos, además de lo que pudiera corresponderle por la participación en los beneficios derivada de la titularidad del 49% del capital, lo que conduciría a que FUNESPAÑA, S.L., recibiría un 65% de los beneficios netos después de impuestos frente al 35% que percibiría el Ayuntamiento a pesar de ser titular del 51% del capital de la entidad.

No obstante, el 15 de diciembre de 1992 las Comisiones Informativas de Régimen Interior y Personal y Sanidad y Consumo aprobaron la propuesta de adjudicación por 12 votos a favor con 4 en contra.

DÉCIMO OCTAVO.- El 21 de diciembre de 1992, previendo la adjudicación del concurso a favor de FUNESPAÑA, S.L., el Consejo de Administración de la E.M.S.F.M.S.A. acordó la refundición de las acciones en el mismo modo previsto en su reunión de 3 de diciembre, y acordó ampliar el capital de la empresa en 90.000 pesetas, mediante la emisión de 9 acciones nominativas de 10.000 pesetas nominales cada una, numeradas del 34.301 al 34.309, ambas inclusive, con prima de emisión de 200.000.000 de pesetas, previa renuncia a la suscripción por parte del Pleno del Ayuntamiento de Madrid.

Se inició entonces un expediente que fue informado el 18 de diciembre de 1992 por el Interventor General, el cual, reiterando el contenido del evacuado en fecha 14 de diciembre anterior, vinculó esa ampliación de capital con la determinación previa del Patrimonio Neto de la Empresa Mixta.

El día 22 de diciembre de 1992 el Pleno del Ayuntamiento de Madrid acordó por mayoría la adjudicación del 49% del capital de la E.M.S.F.M.S.A. a FUNESPAÑA, S.L.

El 29 de diciembre de 1992, por el Consejo de Administración fue nombrado Torcuato Gerente de la E.M.S.F.M.S.A. y el 30 de diciembre, el todavía Presidente de la E.M.S.F.M.S.A., don Marco Antonio , suscribió con don Torcuato el contrato de este último como Gerente de la Entidad con duración indefinida y con una retribución bruta anual de 10.000.000 de pesetas.

DÉCIMO NOVENO.- Para poder hacer frente a su oferta y para cumplir con lo pactado con don Miguel , don Torcuato propuso el 7 de enero de 1993 a la Junta General de accionistas de FUNESPAÑA, S.L., que lo acordó, la ampliación de su capital social en cuantía de 200.000.000 de pesetas mediante la emisión de veinte mil participaciones con los números 10.001 a 30.000, por el precio de diez (sic) pesetas como valor nominal, y su asunción proporcional por los socios,



suscribiendo de tal ampliación don Roman 1.120 participaciones y don Torcuato 12.420, autorizándose a este último, modificando para él exclusivamente los acuerdos que regían con anterioridad, a transmitir las libremente sin la preferencia de los demás socios, al tiempo que se le otorgaron poderes para designar a las "personas físicas o jurídicas que representarán a FUNESPAÑA, S.L. en el Consejo de Administración de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid", y se le reconoce como "único interlocutor" en nombre y representación de FUNESPAÑA, S.L. para cualquier incidencia o negociación que surja referente al proceso de adjudicación del 49% de las acciones de la E.M.S.F.M.S.A. y se acuerda asimismo, al preverse "un aumento del número de socios", la transformación de la Sociedad Limitada en Sociedad Anónima, contemplando la existencia en su Consejo de Administración de un Consejero Delegado, persona física o jurídica, que no reúna la condición de socio.

Las participaciones finalmente suscritas por don Torcuato y por don Roman fueron 13.266 y 1.197, respectivamente, ya que al no concurrir uno de los socios a la ampliación su parte acreció proporcionalmente la participación de los demás.

Esta ampliación, junto con la cesión por parte de los socios a don Torcuato del 20% de sus participaciones hizo de éste el socio mayoritario y le dio el control definitivo de FUNESPAÑA, S.L.

VIGÉSIMO.- Adjudicado el concurso, el 15 de enero de 1993, el Jefe del Departamento de Patrimonio, con el Vº Bº del Director de Servicios Internos con el "Conforme" del Concejal Delegado del Área de Régimen Interior y Personal, don Juan María , recibido el expediente para proceder a su ejecución, realizó las siguientes precisiones:

"Devuelto por el Departamento de Constitución y Funcionamiento Corporativo el presente expediente, una vez aprobado por el Pleno, se ha procedido a comunicar su aprobación y contenido a los servicios competentes y demás interesados, procediendo seguidamente su ejecución para la cual procede partir de la propuesta formulada por la Empresa concesionaria (sin perjuicio de su necesaria adecuación al Pliego de Condiciones, en caso de discordancia) propuesta que se compone de los siguientes puntos:

1º Compra de las Acciones por un valor de 100 pesetas. Este punto parte de que el pasivo es superior al activo. No obstante y visto el contenido del informe de la Intervención General incorporado en el expediente, en el que se observan reservas sobre la realidad de tal hipótesis, deberá estarse, en última instancia, al resultado que se derive de los oportunos mecanismos compensatorios de deudas, en la inteligencia de que, de resultar positivo el saldo, deberá



procederse por parte de la Empresa ha hacerse efectiva la cantidad que proporcionalmente proceda.

2º. Ampliación de capital social, reforma de estatutos y refundición de acciones.- Se ha tramitado en expediente separado, por la propia Empresa Municipal de Servicios Funerarios S.A. de Madrid, habiendo sido aprobado por el Ayuntamiento Pleno en fecha 22 de diciembre último, habiéndose recabado a tal respecto la información pertinente para su constancia en el Departamento de Patrimonio a los efectos oportunos.

3º. Fondo de Maniobra negativo.- Dada la conexión de este asunto con el punto primero arriba transcrito, habrá de reflejarse las incidencias concretas que se deriven en el oportuno contrato que se suscriba con el adjudicatario en su momento.

4º. Dotación de Fondo de Pensiones, Pasivo Laboral y Pórtico de la Almudena.- Los compromisos que a tal respecto ha asumido la Empresa adjudicataria, deberán plasmarse en el correspondiente contrato, previas las garantías y cauciones apropiadas al caso, de conformidad con las previsiones que al respecto establezcan los servicios pertinentes del Área de Hacienda y Economía, Intervención General y, en su caso, la Dirección de Servicios de Seguimiento de Empresas.

5º. Concreción de la concesión del Servicio de Cementerios.- Se está tramitando el oportuno expediente, iniciando a través del Área de Sanidad y Consumo.

6º. Expediente de compensación de deudas.- Igualmente se halla en estado de tramitación, iniciado por los Servicios pertinentes de la antedicha Área.

Conclusión: Dado que, como ha quedado reflejado en el decurso de lo expuesto, las concretas implicaciones derivadas de la puesta a punto del acuerdo de adjudicación que nos ocupa, por la índole especial de sus contenidos, están siendo desarrolladas en los separados expedientes a que se ha hecho mención, entendemos que corresponde a los Servicios Técnicos correspondientes del Área de Hacienda y Economía, de la Intervención General y, en su caso de la Dirección de Servicios de Seguimiento de Empresas el pronunciamiento y la valoración de los requisitos que hayan de cumplirse al respecto, y que preceptivamente habrán de ser incorporados en los previos informes, que deberán preceder a las oportunas aprobaciones por el Pleno, sin perjuicio de que por el Departamento de Patrimonio se tome ulteriormente nota de los resultados de las medidas que al respecto se adopten, para su preceptiva constancia y ulteriores efectos que de ello se deriven.



Igualmente deberá remitirse el presente expediente a la Secretaría General, a fin de que se cumplan los requisitos relacionados con la formalización de la fianza y el correspondiente contrato".

VIGÉSIMO PRIMERO.- El 22 de enero de 1993 el Pleno del Ayuntamiento de Madrid designó Presidente y Consejeros representantes del capital municipal en la E.M.S.F.M.S.A., nombramientos que fueron ratificados por la entidad en Junta General Extraordinaria de Accionistas de 25 de enero de 1993, en la cual se nombraron también, a propuesta de FUNESPAÑA, S.L., siete nuevos Consejeros, entre ellos, don Miguel y don Torcuato .

Simultáneamente a la toma de posesión del nuevo Presidente, cesó de su cargo don Marco Antonio .

VIGÉSIMO SEGUNDO.- El 3 de febrero de 1993 el Presidente de la E.M.S.F.M.S.A., en nombre y representación de ésta, suscribió (una vez asesorado sobre su contenido por don Miguel) con don Torcuato , en nombre y representación de FUNESPAÑA, S.L., el contrato de gestión que, redactado por FUNESPAÑA, S.L., contemplaba una validez para el mismo hasta la liquidación de la de la E.M.S.F.M.S.A., con cláusula de prórroga automática para el supuesto de que "continuase la actividad de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A., al vencimiento del plazo de su vigencia establecido en el año 2016", atribuyéndose a FUNESPAÑA, S.L. la designación de siete consejeros en la E.M.S.F.M.S.A.

En la estipulación segunda del contrato se aseveraba que la deuda por importe de 2.274.747.645 pesetas "ha quedado congelada y el Ayuntamiento la compensará garantizando su no exigibilidad".

En su estipulación tercera se fijaba como retribución a FUNESPAÑA, S.L. por la gestión de la suma equivalente al 20% de los beneficios de la E.M.S.F.M.S.A., antes de impuestos, cantidad que debía de ser liquidada trimestralmente los días 1/04/, 1/07, 1/10 y 1/01, previéndose de modo expreso que en ningún caso quedarían incluidos en esa retribución ni los sueldos ni los gastos correspondientes a los directivos de la E.M.S.F.M.S.A. contratados a propuesta de FUNESPAÑA, S.L., asegurándose con ello la percepción íntegra de la retribución.

VIGÉSIMO TERCERO.- A pesar de las precisiones efectuadas por el Departamento de Patrimonio, de lo que el pliego prevenía en cuanto al precio que "posponía su fijación definitiva al acuerdo de adjudicación, a resultas de la licitación", de que la propia oferta de adquisición fijaba como precio de adquisición el 49% del Patrimonio Neto, de las advertencias de los técnicos sobre la necesidad de extremar el rigor en la ejecución de las operaciones y de los informes del Interventor



advirtiendo de que la condición previa e imprescindible de la oferta en relación con la deuda de la E.M.S.F.M.S.A. con el Ayuntamiento por los sueldos de los funcionarios incidía de modo relevante en el Patrimonio Neto de la Entidad, el Primer Teniente de Alcalde, don Franco , de quien dependía directamente la Dirección de Servicios Jurídicos y Control de Empresas, encargada del seguimiento de la adjudicación, para poder continuar con su objetivo de privatizar la E.M.S.F.M.S.A. dentro del ejercicio económico, hizo caso omiso de tales cautelas y advertencias y se abstuvo de dar cumplimiento alguno a lo que de manera expresa y explícita se ordenaba en el mismo acuerdo plenario de adjudicación para que, siguiendo el criterio de los previos informes técnicos, se cuidaran "escrupulosamente" las operaciones de ejecución y, en contra de lo informado, no llevó a cabo ni dio orden alguna para que se calculara el verdadero valor neto patrimonial de la empresa a 31/12/1992, ni para la subsiguiente determinación del precio como pedía el Interventor.

No obstante, sí decidió el 19 de enero de 1993 proponer al Pleno del Ayuntamiento de Madrid el cumplimiento de la condición previa impuesta por la oferente, propuesta que también informó don Miguel , a pesar de haber sido ya nombrado consejero de la E.M.S.F.M.S.A. a propuesta de FUNESPAÑA, S.L., y obviando el informe del Interventor General sobre la oferta y de que había informado reiteradamente que el cumplimiento de la condición previa afectaba de modo relevante al Patrimonio Neto de la E.M.S.F.M.S.A., firmó el 17 de febrero de 1992 con don Torcuato el contrato de formalización de la adjudicación por el precio de 4.058.750.100 pesetas.

De este modo, el Pleno, de conformidad con lo propuesto por quien había sido encargado de la consecución del proceso de privatización de la E.M.S.F.M.S.A. y, por ende, el único con posibilidad de conformar la voluntad colectiva de su grupo municipal, en sesión celebrada el 26/02/93, aprobó la siguiente propuesta:

"PRIMERO.- Aprobar una aportación municipal, extraordinaria sin carácter de subvención a la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A., por el importe de la deuda que la misma tiene con este Ayuntamiento por los gastos y suplidos del personal funcionario en comisión de servicios en las misma, generada durante los ejercicios de 1.987 a 1.992 y cifrada al 30 de septiembre de 1.992 en 2.274.747.645.- Ptas. (DOS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTAS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTAS CUARENTA Y CINCO PERESTAS).

SEGUNDO.- El pago de la citada aportación se realizará mediante la compensación de la referida deuda.



TERCERO.- El citado gasto se imputará al Capítulo VII (Transferencias de Capital) de los Presupuestos del Ayuntamiento de Madrid, de los ejercicios y en las cuantías siguientes:

Año 1993: 14.747.645.-Ptas.

Año 1994: 1.130.000.000.- Ptas.

Año: 1995: 1.130.000.000.- Ptas.

No obstante, el importe de las referidas cantidades se adecuará a las disponibilidades presupuestarias de dichos ejercicios.

CUARTO.- El presente acuerdo queda condicionado a la habilitación, en este ejercicio, de un crédito extraordinario para atender la cantidad imputada al mismo."

Acuerdo éste que supuso la efectiva condonación de la deuda de 2.274.747.645 que la E.M.S.F.M.S.A. tenía con el Ayuntamiento, lo que, conforme al plan trazado por don Miguel y don Torcuato, determinó que FUNESPAÑA, S.L. adquiriera definitivamente el 49% del capital social de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid por el precio de 100 pesetas, que ingresó la adjudicataria en la Tesorería del Ayuntamiento de Madrid, a pesar de que, el Patrimonio Neto de la E.M.S.F.M.S.A. por mor de tal condonación se había tornado, según los propios cálculos de la oferente, en 2.168.747.645 positivo, y según la regular contabilidad de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios, S.A. en positivo por importe de 2.735.000.000 de pesetas a 31 de diciembre de 1992.

El 8 de febrero de 1993 se materializó la adquisición por parte de FUNESPAÑA, S.L. del 49% del capital social de la E.M.S.F.M. S.A. mediante la suscripción por aquella de 9 acciones de una ampliación de capital de 90.000 pesetas con una prima de emisión de 199.910.000 pesetas que se ingresaron en las cuentas de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, y la transmisión por parte del Ayuntamiento de 16.800 acciones nominativas por el precio de 100 pesetas, cuando el Patrimonio Neto de la E.M.S.F.M.S.A., atendiendo a la contabilidad real de la entidad, descontada la dotación íntegra del complemento de pensiones, ascendía a 2.523.000.000 de pesetas con lo que el 49% equivalía a 1.236.270.000 de pesetas, precio que debió pagar FUNESPAÑA, S.L. por él siendo innecesaria la ampliación de capital de 200.000.000 de pesetas.

VIGÉSIMO CUARTO.- La condonación de la deuda verificada con posterioridad a la adjudicación a FUNESPAÑA, S.L. supuso entonces un beneficio extraordinario para la E.M.S.F.M.S.A. de 2.274.747.645 pesetas que favoreció en igual medida a la adjudicataria al ser contabilizado por la



nueva gerencia de la E.M.S.F.M.S.A. como "Ingresos extraordinarios" del ejercicio correspondiente al año 1993, lo que además de mejorar la imagen de la gestión, beneficiaba a la entidad adjudicataria.

El Interventor General del Ayuntamiento en su escrito de 4 de marzo de 1994, para evitar ese beneficio, mostró su oposición a la inclusión de tal partida en la cuenta 778, "Ingresos extraordinarios", como un resultado extraordinario del ejercicio de 1993, reiterando los informes de la Intervención General de fechas 14 y 18 de diciembre de 1992 sobre "Adjudicación del concurso convocado para la integración de capital privado en la E.M.S.F.M.S.A." y de 16 de febrero de 1993 sobre "Compensación de la deuda que la E.M.S.F.M.S.A. tenía con el Ayuntamiento con los gastos que por similar cuantía ha realizado la empresa en obras de urbanización en los cementerios municipales", informando que el citado importe de 2.274.747.645 de pesetas había de ser considerado a todos los efectos como un "Ingreso de ejercicios anteriores" generado en su totalidad con antelación al 22 de diciembre de 1992, y debía de quedar reflejado como tal en las cuentas anuales del ejercicio 1993".

Como consecuencia de tal informe se procedió por la Empresa Mixta a corregir ese asiento imputando la partida a la cuenta "Beneficios e ingresos de ejercicios anteriores", lo que impidió que su importe fuera considerado en la cuantificación de la retribución a FUNESPAÑA, S.L. por su gestión, sin embargo, esta partida sí quedó convertida en reservas voluntarias lo cual, solo debido a los informes de intervención insistiendo en la clasificación adecuada de la partida que impidiera su disposición por parte del socio privado, fue declarado en 1996 por la Junta General de Accionistas de la E.M.S.F.M.S.A. no susceptible de reparto y, finalmente, una vez iniciado el Proceso de Fiscalización por el Tribunal de Cuentas y antes de que éste concluyera, fue declarada su exigibilidad por parte del Ayuntamiento, siendo definitivamente devuelta al Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid a lo largo de los años 1999 a 2005.

VIGÉSIMO QUINTO.- Conseguida la adjudicación del concurso a favor de FUNESPAÑA, S.L., don Torcuato y don Miguel continuaron realizando las actuaciones necesarias para dar cumplimiento a sus acuerdos previos.

Para ello, el día 3 de febrero de 1992, fecha del contrato de gestión entre la E.M.S.F.M.S.A y FUNESPAÑA, S.L., don Torcuato suscribió con el acusado don Roque , mayor de edad, sin antecedentes penales, en su condición de representante legal de la entidad ITCON, B.V., entidad ligada a don Miguel , un contrato de prestación de servicios a FUNESPAÑA, S.L., cuya única



finalidad era sustraer del control de los socios de FUNESPAÑA, S.L. la retribución que por la gestión de la E.M.S.F.M.S.A percibiría FUNESPAÑA, S.L., distribuirla entre don Torcuato y don Miguel , e impedir además que tributara a la Hacienda Pública, sin que haya quedado acreditado que Roque tuviera conocimiento de la falta de objeto del contrato suscrito ni de su finalidad última.

Continuando con su pacto, como quiera que don Torcuato y don Roman carecían de capacidad económica para poder formalizar económicamente la adjudicación, el 8 de febrero de 1993, don Miguel realizó la aportación de los fondos que aquellos necesitaban para suscribir la ampliación de capital acordada por FUNESPAÑA, S.L. para hacer frente al pago de los 200.000.000 de pesetas de su oferta para la adquisición de las acciones representativas del 49% del capital de la E.M.S.F.M.S.A., a tal fin transfirió la suma de 140.400.000 pesetas a la cuenta nº 6701909290 que FUNESPAÑA, S.L. tenía en la sucursal del Barclays Bank sita en la Plaza de Colón de esta capital desde una cuenta de crédito abierta en una sucursal del mismo Banco en la localidad francesa de Biarritz, de la que era titular la sociedad "INVERSERVICES INTERNATIONAL, A.V.V."

Como justificación de esa aportación y para integrar a don Miguel como partícipe en FUNESPAÑA, S.L. y con ello en la E.M.S.F.M.S.A., don Torcuato vendió el 18 de febrero de 1993 a "INVERSERVICES INTERNATIONAL, A.V.V.", en escritura pública otorgada ante Corredor de Comercio Colegiado, 10.020 (diez mil veinte) participaciones sociales, de diez mil pesetas de valor nominal cada una, de la sociedad de responsabilidad limitada FUNESPAÑA, S.L. por el precio de cien millones doscientas mil pesetas (100.200.000 pesetas), cantidad que el vendedor declaró recibidas otorgando por ello carta de pago al comprador.

En la misma fecha, con vencimiento el 8 de febrero de 1994, don Torcuato , para asegurar a don Miguel el resto de su aportación dineraria y su participación societaria, cedió la posesión en prenda a "INVERSERVICES INTERNATIONAL, A.V.V." 7.680 participaciones de su propiedad en FUNESPAÑA, S.L., por importe de 79.000.000 de pesetas, conservando el pignorante el ejercicio de sus derechos como socio en la sociedad.

VIGÉSIMO SEXTO.- Para mantener oculta la relación de don Miguel con FUNESPAÑA, S.L., la operación de venta de las participaciones de FUNESPAÑA, S.L. a INVERSERVICES INTERNATIONAL, A.V.V., no fue en aquel momento comunicada a la Subdirección General de Transacciones Exteriores ni por el vendedor ni por el Corredor de Comercio que la intervino.



La necesidad de completar el expediente para la salida a Bolsa de FUNESPAÑA, S.L. y para poder ser atribuidas a don Miguel las participaciones objeto de aquella venta, exigió la comunicación de aquella transmisión a la Subdirección General de Transacciones Exteriores.

Esa comunicación precisaba ser realizada por fedatario público encargándose por el interesado el cumplimiento de ese requisito al acusado don Luis Miguel , mayor de edad, sin antecedentes penales, Corredor de Comercio Colegiado, quien la efectuó el 15 de enero de 1998 mediante la suscripción del Impreso Normalizado Modelo MCI, creado al efecto por la Subdirección General de Transacciones Exteriores con fines informativos y estadísticos, previa comprobación de la existencia de la operación, de la transferencia del Banco de España y de la corrección de comunicar la operación transcurridos cinco años desde su realización.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Las cantidades percibidas por FUNESPAÑA, S.L. como canon de gestión de la E.M.S.F.M.S.A durante el año 1993, como se ha dicho, fueron desviadas a don Miguel y don Torcuato a través de ITCON, B.V., de este modo se distribuyeron entre ambos lo que eran beneficios y minoraron la base imponible del Impuesto de Sociedades de FUNESPAÑA, S.L. que dejó de abonar a la Hacienda Pública la cantidad de 47.978.377 de pesetas (288.355,85 euros) al contabilizar la suma de 148.148.945 pesetas (890.393,09 euros) como gasto de gestión en la declaración del Impuesto de Sociedades del ejercicio correspondiente al año 1993, presentada el 22/04/1994 por el representante legal de FUNESPAÑA, S.L., don Roman , los inexistentes servicios a ITCON, B.V., gasto ficticio que se documentó en facturas confeccionadas al efecto.

VIGÉSIMO OCTAVO.- A partir de enero de 1994 también desviaron las liquidaciones trimestrales abonadas por la E.M.S.F.M.S.A. a FUNESPAÑA, S.L. a través de: ITCON, B.V. por importe de 25.605.149 pesetas (153.890,04 euros); AGYSIN HOLDING, sociedad radicada en el extranjero ligada a don Miguel , por importe de 23.500.000 de pesetas (141.237,84 euros); La Previsora Almeriense, S.A., por importe de 114.028.050 de pesetas; INVAFI, S.A., por igual cuantía; ASTALDO, S.L. por importe de 143.684.783 pesetas; e IAF, S.L. por la misma suma.

Las cuatro últimas mercantiles presentaron su declaración del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio del año 1994.

Por su parte, FUNESPAÑA, S.L. dedujo todas las cantidades como gastos de gestión en su declaración del Impuesto de Sociedades correspondiente al ejercicio 1994.



No obstante, no ha quedado acreditado en el juicio qué cantidades de las percibidas por cada una de ellas correspondían a mero reparto de beneficios y cuál se correspondía con retribución por servicios prestados a FUNESPAÑA, S.L. directamente por las sociedades citadas o por sus titulares.

VIGÉSIMO NOVENO.- En julio de 1994 don Torcuato y don Miguel , encargaron al acusado Jose Ramón , mayor de edad, sin antecedentes penales, asesor fiscal de la E.M.S.F.M.S.A. desde enero de 1993, y a otras personas a las que no afecta este proceso, la constitución de dos sociedades denominadas INVERSIONES Y ASESORAMIENTO FUNERARIO, S.L. (I.A.F., S.L.), y ASTALDO, S.L., la primera una sociedad familiar de don Torcuato y la segunda de don Miguel .

Creadas las sociedades mencionadas, fueron a partir de ese momento utilizadas por don Torcuato y por don Miguel para sustraer la retribución que FUNESPAÑA, S.L. percibía de la Empresa Mixta del control de los socios de FUNESPAÑA, S.L. distribuyéndola entre ambos y para evitar que la misma tributara a la Hacienda Pública, para lo cual don Roman , suscribió con dichas compañías sendos contratos idénticos que sirvieron por un lado, para la externalización de la gestión, expansión y promoción de FUNESPAÑA, S.L., como rezaba el contrato y, por otro, para facturar como gastos de FUNESPAÑA, S.L. las sumas que esta entidad recibía por su gestión de la E.M.S.F.M.S.A., sin que conste que las personas que participaron en la inicial constitución de las sociedades, ni los que suscribieron los contratos en su representación, tuvieran conocimiento de su finalidad real.

Tanto las cantidades invertidas en la gestión, expansión y promoción de la entidad, susceptibles de ser deducidos como gastos de la sociedad, como las que solo obedecían a reparto de beneficios entre don Torcuato y don Miguel del canon de gestión de la E.M.S.F.M.S.A., no susceptibles de deducción, fueron contabilizadas y deducidas por FUNESPAÑA, S.L. como gastos de explotación en las declaraciones del Impuesto de Sociedades de los ejercicios correspondientes a 1994, 1995, 1996 y 1997, presentadas por don Roman , deduciendo en ellas como gasto de gestión la cantidad de 287.369.566 de pesetas en 1994, 534.856.986 pesetas en 1995, 510.230.069 pesetas en 1996 y 618.181.822 pesetas, sin que, por la confusión creada entre los gastos reales y los ficticios, hayan quedado deslindadas en juicio qué sumas de las cantidades totales deducidas en cada ejercicio pueda ser imputada exclusivamente a reparto de beneficios y, por ende, a cuánto ascendió la cuantía de la cuota defraudada a la Hacienda Pública en la declaración del Impuesto de Sociedades en cada uno de los ejercicios fiscales mencionados.

Las dos sociedades, I.A.F., S.L., y ASTALDO, S.L., se acogieron a una bonificación del 95% de la cuota del Impuesto de Sociedades prevista en la Ley 22/1.993 de 29 de Diciembre de Medidas



Fiscales , de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, al cumplir con los requisitos previstos para ello en la norma.

TRIGÉSIMO.- Este proceso se inició por querrela formulada por el Ministerio Fiscal, con fecha 17 de septiembre de 1999 que fue admitida a trámite el 22 de septiembre siguiente, abriéndose juicio oral contra los acusados para ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por auto de fecha 16 de septiembre de 2002 , *Tribunal que se inhibió para el conocimiento de la causa en favor de la Audiencia Provincial de Madrid por auto de fecha 22 de octubre de 2003 , y se turnó para enjuiciamiento a esta Sección el día 10 de febrero de 2004, iniciándose la celebración de la vista oral el día 7 de mayo de 2007 finalizando el día 8 de enero de 2008, incidiendo en el retraso de la tramitación de la causa el cambio de tribunal juzgador debido al desaforamiento de don Franco y a otras causas no imputables a los acusados entre ellas la espera a la disponibilidad de fechas para la celebración del juicio oral".*

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

"FALLAMOS: Condenamos a don Franco con autor de un delito de prevaricación, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, a la pena de DOS AÑOS Y UN DÍA DE SUSPENSIÓN DE CARGO PÚBLICO, y al abono de 1/72 partes de las costas, sin incluir las de las acusaciones particulares.

Absolvemos a don Miguel del delito de tráfico de influencias, y a dicha persona, a don Roman y don Torcuato del delito contra la Hacienda Pública correspondiente al ejercicio fiscal del año 1993, en concurso con un delito continuado de falsedad documental, al haber quedado extinguidas sus responsabilidades penales por prescripción de dichos ilícitos.

Absolvemos libremente a don Franco , don Juan María , don Marco Antonio , don Miguel , don Roman , don Torcuato , don Roque , don Jose Ramón y don Luis Miguel del resto de los delitos que se les imputan.

Y se declaran de oficio el resto de las costas procesales.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial".

3º.-Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por el MINISTERIO FISCAL, por la acusación popular D^a Sagrario , en



nombre del PSOE y por D^a Andrea , en nombre de IU. así como por el acusado Franco , que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos.

4º.- El recurso interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Al amparo del art. 849-1º L.E.Cr . por inaplicación indebida del delito de prevaricación del art. 358 y 14 CP. 73 (art. 404 y 28.3 CP 95) atribuido en concepto de cooperadores necesarios a Miguel y a Torcuato . **Segundo.-** Por inaplicación indebida del delito de malversación de caudales públicos del art. 394.4 CP 73 (art. 432.1º y 2º CP 95) atribuido a Franco , a Miguel y a Torcuato . **Tercero.-** Al amparo del art. 849.1º LECr . por aplicación indebida del delito de falsedad de documento oficial del art. 390.1.1, 1.3 y 1.4 y 28 CP 95 atribuido al Notario Luis Miguel en concepto de autor directo y a Miguel , en concepto de inductor (art. 28.b) CP 95). Cuarto.- Este motivo está interrelacionado con el quinto , de modo que si se admite el error de hecho en la valoración de la prueba en orden a la falsificación de documentos mercantiles que se postula, conforme al art. 849.2º LECr . deberá también estimarse la infracción de ley del art. 849.1º LECr. por inaplicación indebida de los delitos de falsificación continuada de documento mercantil de los arts. 303 y 69 bis CP 73 (art. 392 y 71 CP 95) en concurso medial con cuatro delito contra la Hacienda Pública de los arts. 349.1 CP 73 y 305 CP 95). **Quinto.-** Tras el cambio de hechos probados admitiendo la falsificación de las facturas y su relevancia en orden a la determinación de la base imponible del impuesto de Sociedades de FUNESPAÑA S.L. de los ejercicios 94 a 97, no computándose como gastos deducibles los invocados como canon de gestión de EMSFMSA en las facturas falsas giradas a FUNESPAÑA S.L. por las sociedades referidas, se invoca el motivo de infracción de ley del art. 849.1º LECr. por inaplicación indebida de cuatro delitos fiscales, ejercicios 1994 a 1997 .

El recurso i nterpuesto por la representación de la **acusación popular D^a Sagrario , en nombre del Partido Socialista Obrero Español, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Prevaricación: al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr . por infracción por no aplicación del art. 358 del Código Penal de 1973 al Sr. Miguel como inductor del delito de prevaricación cometido por el Sr. Franco . **Segundo.-**Malversación: Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr . por violación por inaplicación del art. 432 del vigente Código Penal (que tiene tratamiento más favorable que el mismo delito del Código Penal de 1973) a los Señores Franco y Miguel . **Tercero.-** De la no prescripción del delito de tráfico de influencias del



que estaba acusado el Sr. Miguel: Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr . por violación por no aplicación del art. 404.bis.b) del Código Penal de 1973 y aplicación indebida del art. 113 del Código Penal de 1973 , respecto de la conducta del Sr. Miguel . **Cuarto.-Maquinación para alterar el precio de las cosas:** Al ampro de lo dispuesto en el art. 849.1º L.E.Cr . por violación por no aplicación del art. 540 del Código Penal de 1973 a los señores Franco , Miguel y Torcuato .

El recurso interpuesto por la representación de la **acusación popular Dª Andrea , en nombre de Izquierda Unida, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Al amparo de lo establecido en el art. 849-1º L.E.Cr . por infracción de Ley en relación con los arts. 404 del vigente Código Penal y 358 del Código Penal de 1973. **Segundo.-** Al amparo de lo establecido en el art. 849.1º de la L.E.Cr . por infracción de ley en relación con los arts. 432 del C.Penal vigente y 394 del Código Penal de 1973. **Tercero.-** Al amparo de lo establecido en el art. 849.1º L.E.Cr . por infracción de ley en relación con los arts. 131.3 en relación con los arts. 429 y 404 del C.Penal vigente y 358 del Código Penal de 1973. **Cuarto.-** Al amparo de lo establecido en el art. 849.1º L.E .Criminal, por infracción de ley en relación con los arts. 116.1 del C.Penal vigente.

Y el recurso interpuesto por la representación del acusado **Franco se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.-** Por infracción de ley por error de hecho en la apreciación de la prueba, al haber omitido la Sala enjuiciante un informe fundamental elaborado pro el interventor del Ayuntamiento de Madrid, que vendría a explicar y a justificar el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el 26 de febrero de 1992, acuerdo que la Sala enjuiciante considera arbitrario al haber tenido como efecto la condonación de la deuda que la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. mantenía con el Ayuntamiento de Madrid por importe de 2.274.747.645 pesetas. Art. 849 nº 2 L.E.Cr . Conforme al art. 855 de la misma ley procesal, fue designado en el escrito de anuncio del recurso de casación el documento que obra en autos y que acredita la equivocación de la Sala enjuiciante. **Segundo.-** Por infracción de ley por error de hecho en la apreciación de la prueba, ya que tanto del contenido de la propuesta de adopción de acuerdo en orden a la compensación de deudas entre el Ayuntamiento de Madrid y la EMSFM, elevada al Pleno del Ayuntamiento el 19 de enero de 1993 por la Primera Tenencia de Alcaldía, como del acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Madrid celebrada el 26 de febrero de 1993, que aprueba aquella propuesta, no se deduce que la iniciativa y defensa de dicha propuesta en el Pleno correspondiera al Sr. Franco , quien por tanto no pudo "conformar la voluntad del Pleno" en estre extremo. Art. 849.2 L.E.Cr . Conforme al art. 855 de la misma Ley procesal, fueron designados en



el escrito de anuncio del recurso de casación los documentos que obran en autos y que acreditan la equivocación de la Sala enjuiciante. **Tercero.-** Por infracción de Ley por error de hecho en la apreciación de la prueba, ya que del examen de la normativa principal se desprende que en los años 1992 y 1993 lo que la sentencia recurrida denomina "Dirección de Seguimiento de Empresas" no dependía directamente de la Primera Tencia de Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid. Art. 849 nº 2 de la L.E .Cr. Conforme al art. 855 de la misma Ley procesal, fueron designados en el escrito de anuncio del recurso de casación los documentos que obran en autos y que acreditan la equivocación de la Sala enjuiciante. **Cuarto.-** Vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución) de D. Franco , al haber sido condenado sin que se haya practicado prueba que acredite la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de prevaricación por el que ha sido condenado. Art. 5.4 LOPJ . y el art. 852 L.E.Cr. **Quinto.-** Por infracción de ley por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal (art. 358 del Código Penal de 1973), toda vez que la acción/omisión constitutiva del delito de prevaricación objeto de condena no puede ser calificada como "arbitraria". Art. 849 nº 1 L.E.Criminal. **Sexto.-** Por infracción de ley por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal (art. 358 del Código Penal de 1973), toda vez que de los Hechos probados no se desprende que el comportamiento del Sr. Franco , constitutivo del delito de prevaricación objeto de condena, fuera cometido "a sabiendas de su injusticia". Obviamente este motivo se formula como subsidiario del anterior. Art. 849 nº 1 de la L.E.Cr. **Séptimo.-** Por infracción de ley por aplicación indebida del art. 404 del Código Penal (art. 358 del Código Penal de 1973) toda vez que de los Hechos probados no se desprende que el Sr. Franco pudiera ser el "autor" del delito de prevaricación objeto de condena, motivo que se formula como subsidiario en segundo grado de los dos precedentes. Art. 849 nº 1 L.E .Criminal.

5.-Instruído el Ministerio Fiscal de los diversos recursos planteados por las acusaciones populares y acusado, pidió la inadmisión de todos los motivos alegados por el acusado, apoyó los motivos 1º y 2º de los alegados por el PSOE y el 2º de IU, pidiendo la inadmisión del resto de los planteados por los mismos; igualmente se dió traslado a cada una de las partes recurrentes de los respectivos recursos interpuestos y a todas las partes que han comparecido como recurridas de dichos recursos, a los cuales contestaron todas las partes intervinientes. La Sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

6.-Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la vista y fallo del presente recurso el día 1 de Octubre del año 2009 con asistencia de las siguientes partes: del Letrado D. José Mª Benitez de



Lugo en defensa de Sagrario; el Letrado D. Juan Francisco Plá López en defensa de Andrea y D. Luis Rodríguez Ramos en defensa de Franco , así como el Ministerio Fiscal Sr. Dolz Lago.

Siendo partes recurridas: Miguel , defendido por el Letrado D. José Luis Fuertes Suárez; D. Torcuato y D. Roman defendidos por el Letrado D. Santiago Milans del Bosch; D. Roque defendido por el Letrado D. José Luis Fuertes Suárez; D. Luis Miguel defendido por el Letrado D. Manuel Saez Parga; D. Jose Ramón defendido por el Letrado D. Luis Jordana de Pozas; Funespaña defendida por el Letrado D. Javier Sánchez-Junco Mans; Astaldo defendida por el Letrado D. José Luis Fuertes Suárez e Inversiones y Asesoriamientos Financieros S.L. defendida por el Letrado D. Luis Jordana de Pozas.

Concedida la palabra a las respectivas partes, el M^o Fiscal mantuvo su recurso al igual que los Letrados de cada uno de los recurrentes que informaron sobre sus motivos; y por los respectivos Letrados de los recurridos se informó sobre sus respectivas contestaciones a los recursos interpuestos. Dándose por concluído el acto y continuando la Sala con la deliberación correspondiente.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso del acusado Franco .

PRIMERO.- El **primero de los siete motivos** que articula lo fundamenta en el art. 849-2 L.E.Cr . por *error facti* al entender que los hechos probados debieron ser completados con el contenido del documento que invoca, integrado por el informe del interventor general del Ayuntamiento de 16 de febrero de 1993.

1.En efecto, sostiene el recurrente que dicho informe, obrante a los folios 1972 y ss. del tomo V y folios 5.992 y ss. del tomo XVI del rollo de sala, evidencia error de hecho por parte del tribunal *a quo* en la valoración de la prueba no contradicho con otros elementos probatorios, dado que dicho informe ha sido omitido por la Sala enjuiciadora y el mismo vendría a explicar y a justificar el acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid el 26 de febrero de 1993, acuerdo que la Sala enjuiciante considera arbitrario al haber tenido como efecto la condonación de la deuda que la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid, S.A. (EMSFM) mantenía con el Ayuntamiento por importe de 2.274.747.645 pts.



El recurrente transcribe el informe del interventor que tiene como título "Compensación de la deuda que la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. tiene con el Ayuntamiento con los gastos que por similar cuantía ha realizado la empresa en obras de urbanización en los cementerios municipales", señalando que no fue impugnado por nadie y fue ratificado en el juicio oral por su autor D. Pedro Jesús , poniéndolo en relación con otro informe del mismo interventor general de fecha 14 de diciembre 1992, sí reflejado en la sentencia impugnada, sobre la propuesta de adjudicación a favor de Funespaña S.L. y en el que hacía referencia a la "compensación de deudas entre el Ayuntamiento de Madrid y la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A." que la oferta de Funespaña exigía como base previa.

En atención a lo anterior, el recurrente anuda el informe del interventor general de fecha 16 febrero de 2003 a su decisión de proponer al Pleno de 26 de febrero de 2003 la compensación de la deuda para concluir que dicha propuesta se hizo con conocimiento y visto bueno del interventor general, lo que supondría que su decisión no fue arbitraria ni injusta ni, en consecuencia, integrante de un delito de prevaricación.

Por último, nos dice que se llevó a cabo una compensación de deudas y no una condonación de deudas, ya que el Ayuntamiento debía a EMSFMSA las obras de urbanización en los cementerios municipales realizadas por la empresa que ascendían a 2.280.412.405 pts., mientras que la EMSFMSA debía al Ayuntamiento el sueldo del personal funcionario en comisión de servicios que suponía 2.274.747.645 pts. por lo que la proposición de acuerdo del Pleno en el que se establecía esta compensación no fue arbitraria ni injusta, estando además previamente informada favorablemente por los órganos técnicos del Ayuntamiento.

Concluye el recurrente afirmando que la propuesta aprobada en el Pleno de 26 de febrero de 1993 pretendía llevar a cabo una compensación de deudas entre la empresa de servicios funerarios y el Ayuntamiento de Madrid, aunque por diversas razones finalmente no pudo efectuarse tal compensación provocando que el acuerdo tuviera un efecto condonador de la deuda.

2.El recurrente describe sucintamente las condiciones exigibles jurisprudencialmente para que un motivo de esta naturaleza pueda prosperar, ajustándose a la doctrina de esta Sala. Es oportuno recordar los requisitos que viene exigiendo en hipótesis de "*error facti*" , que se resumen en los siguientes:

a) ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.



b) que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

3.El censurante realiza una propuesta de alteración fáctica que pudiera resultar sorprendente, al pretender añadir a unos hechos probados, notoriamente amplios y meticulosos, ciertos aspectos, que indirectamente en el propio factum y posteriormente en la fundamentación jurídica, la misma sentencia considera y valora. No resulta exigible en cualquier relato histórico sentencial que se lleve a cabo una enumeración exhaustiva y pormenorizada de todos los elementos de prueba tenidos en cuenta. La sentencia ha ocupado 50 páginas en la redacción del factum y otras tantas en la motivación de hechos probados. Pero además el Tribunal de instancia tuvo en consideración el dictamen a que hace referencia el recurrente, como podemos comprobar por los siguientes datos:

a) el propio dictamen en su párrafo 8º afirma de modo rotundo que "reitera el contenido del informe de 14 de diciembre de 1992, relativo a la adjudicación del concurso convocado para la integración de capital privado en la Empresa Municipal de Servicios Funerarios".

b) la sentencia impugnada se refiere al mismo dictamen, dando prevalencia y vigor al de 14 de diciembre al que se remite el hecho probado nº 17 (pag. 88 de la sentencia), el hecho probado 23 (pag. 96 parr. 2º) y motivación correspondiente (pag. 130 y 133) y por último el hecho probado 24, en su página 98.

c) a su vez estos servicios técnicos informantes del Ayuntamiento asumen el criterio del interventor general (informe de 14 de diciembre), tal como expresa el hecho probado 15, fol. 87, en relación al jefe del Departamento Central del Área de Sanidad.

4.Consecuentes con lo dicho no es posible afirmar que con la pretendida modificación se justifique la propuesta del acusado hecha al Ayuntamiento de "compensación" y ello porque ninguna



compensación se hizo, sino que en realidad se trató de una condonación, como el propio recurrente acepta en su recurso y además porque no es posible sostener que la propuesta de aquél al Ayuntamiento se asentara en el informe técnico de 16 de febrero de 1993, pues la propuesta en cuestión fue realizada con anterioridad a este informe, concretamente el 19 de enero de 1993 (hecho probado 23, fol. 96 de la sentencia).

En definitiva, existieron pruebas sobradas, no desvirtuadas por el informe que pretende una integración factual, en las que se afirma que la recomendación hecha por los técnicos fue desatendida, y no fue hecha la compensación previa que tales técnicos demandaban, que debió tener lugar con anterioridad a la adjudicación, recomendación omitida por el recurrente puesto que el 17 de febrero firma el contrato de formalización de la adjudicación a Funespaña, S.A.

Por todo lo expuesto la pretensión esgrimida no puede merecer acogida, ya que no sólo fue tenida en cuenta por el tribunal, sino que existieron otras pruebas que ponían de manifiesto la desatención por parte del acusado a las recomendaciones técnicas realizadas, por lo que la influencia en el fallo es anodina. En suma, el motivo pretende dar una interpretación sesgada a un documento, que dentro del contexto, era incapaz de alterar los criterios resolutivos del Tribunal de instancia.

El motivo ha de rechazarse.

SEGUNDO.- A través de igual cauce procesal denuncia **en el segundo** un *error valorativo del Tribunal* (art. 849.2 L.E.Cr.), ya que tanto del contenido de la propuesta de adopción del acuerdo en orden a la compensación de deudas entre el Ayuntamiento de Madrid y la EMSFM, elevada al Pleno del Ayuntamiento el 19 de enero de 1993 por la primera Tenencia de Alcaldía, como del acta de la sesión del Pleno del Ayuntamiento de Madrid celebrada el 26 de febrero de 1993, que aprueba aquella propuesta, no se deduce que la iniciativa y defensa de dicha propuesta en el Pleno correspondiera al Sr. Franco, quien por tanto no pudo "conformar la voluntad del Pleno" en este extremo.

1. En su desarrollo el impugnante nos dice que la recurrida en los hechos probados establece que fue el Sr. Franco el que "decidió el 19 de enero de 1993 proponer al Pleno del Ayuntamiento de Madrid el cumplimiento de la condición previa impuesta por la ofertante". De este modo "el Pleno, de conformidad con lo propuesto por quien había sido encargado de la consecución del proceso de privatización parcial de la EMSFMSA y, por ende, el único con posibilidad de conformar la voluntad colectiva de su grupo municipal, en sesión celebrada el 26/02/93 aprobó la siguiente propuesta....



", acuerdo éste que supuso la efectiva condonación de la deuda de 2.274.747.645 pesetas que la EMSFMSA tenía con el Ayuntamiento.

Sin embargo -sigue argumentando- en los documentos designados (la propuesta de 19 de enero de 1993 y el acta de la sesión del Pleno de 26 febrero de 1993) se recoge claramente que la propuesta de compensación de deudas partió del entonces presidente de la EMSFM y que fue el concejal D. Artemio (recién elegido Presidente de la funeraria en sustitución de D. Marco Antonio) quien la defendió y explicó extensamente en el Pleno del Ayuntamiento, manteniendo sobre el particular un intenso debate en la sesión con los portavoces de los grupos municipales en la oposición, sin la intervención del Sr. Franco , que se limitó a votar junto con el resto de concejales de su grupo.

Por consiguiente, ni la iniciativa ni la defensa de la propuesta partió del Sr. Franco , cuya intervención en este tema se redujo a trasladar esa propuesta al Pleno y a emitir su voto favorable junto con el resto de concejales de su grupo, sin ningún protagonismo especial.

En definitiva el censurante propugna la supresión de la afirmación de que el Sr. Franco fue "el único con posibilidad de conformar la voluntad colectiva de su Grupo Municipal".

2.La queja no puede merecer acogida por distintas razones.

En primer término su propia formulación permite entender que el recurrente interpreta los hechos, pues textualmente sostiene que "de los documentos invocados no se deduce".

En segundo lugar en el punto 2º del desarrollo del motivo, *in fine* , admite que el recurrente "era en líneas generales el portavoz o cabeza visible de las decisiones del Equipo de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid en orden al proceso de privatización parcial" , aunque niegue que hubiera impelido o llevado la iniciativa en esta propuesta concreta de compensación (condonación) de deudas elevada al Pleno y por tanto que hubiera sido el artífice de la conformación de la voluntad mayoritaria de su grupo político.

En tercer lugar conforme a la doctrina ya reseñada de esta Sala, los documentos que se citan no pueden estar en contradicción con otras pruebas acreditativas de los mismos extremos. Entre las pruebas contradictorias son de mencionar:

a) El testimonio del propio recurrente que reconoció (pag. 4, 5 y 6 de su declaración) que fue él quien intervino como coordinador de todo el tema, así como la propuesta por él firmada dirigida al Pleno del Ayuntamiento de adjudicación (doc. 25, folio 8448 de diligencias).



- b) El testimonio del entonces alcalde de Madrid Sr. Íñigo prestada en juicio oral, quien manifestó haber encargado al Sr. Franco la "asunción de la responsabilidad de la tramitación".
- c) Las declaraciones de los concejales en aquel momento Sr. Marco Antonio , Juan María y Jesus Miguel que reconocieron el liderazgo del recurrente.
- d) Las declaraciones de los entonces funcionarios del Ayuntamiento y de la Empresa Mixta, Sres. Pedro Jesús (interventor general), Aurelio , Abilio y Cesareo .

En cuarto lugar, porque reconociendo el protagonismo y decisiva intervención, incluso con carácter primordial, es indiferente que además de la relevante influencia en la adopción de la resolución, pudiera con carácter secundario haber influido alguna otra persona, ya que eso no le relevaría de su responsabilidad, sino que a lo sumo habría que extenderla a otros.

3.En definitiva el protagonismo del recurrente se desprende de que él fue el artífice de todo el proceso de privatización y proponente material del acuerdo plenario, desde su origen (hecho probado 4º, folio 59 sentencia) al informar favorablemente la oferta de Funespaña (hecho probado 14º, folio 86 de la sentencia) y resultado (consecuencia de suscribir el contrato de adjudicación el 17 de febrero de 1993 , con anterioridad a la condonación de la deuda realizada el 26 de febrero de 1993, hecho probado 23- folio 96 de la sentencia). El que en un momento o fase determinada el Concejal-Presidente de la sociedad funeraria fuera el que formalmente actuara en el pleno municipal, no desvirtúa la participación principal del recurrente.

El motivo, por lo expuesto, ha de ser rechazado.

TERCERO.- En el **tercer motivo**, también por *error facti* y al amparo del art. 849-2 L.E.Cr ., el recurrente detecta un error en la valoración de la prueba cometido por el Tribunal de origen.

1.Según dicho recurrente del examen de la normativa municipal (documentos invocados) se desprende que en los años 1992 y 1993 lo que la sentencia recurrida denomina "Dirección de Seguimiento de Empresas" no dependía directamente de la primera Tenencia de Alcaldía del Ayuntamiento de Madrid. La Dirección de Servicios Jurídicos y Control de Empresas a que se refiere la recurrida, efectivamente, dependía de la primera Tenencia de Alcaldía, pero fue suprimida en el año 1991 y sustituida por la "Dirección de Servicios de Coordinación y Seguimiento de Organismos Autónomos y Empresas", que esta vez se hizo depender directamente de la Alcaldía-Presidencia.

En los años 1992 y 1993 al primer Teniente de Alcalde le correspondía en este campo exclusivamente una labor de coordinación de las distintas áreas en las que se estructuran los



Servicios del Ayuntamiento, incluida, claro está, esta Dirección de Seguimiento de Empresas que, insistimos, no dependía orgánicamente de él.

La sentencia recurrida basa la "dependencia directa" únicamente en el organigrama manuscrito que figura al folio 3.635 del Tomo IX. Y ahí precisamente es donde radica su error, pues dicho organigrama hace referencia a la extinta (ya en 1991) "Dirección de Servicios Jurídicos y Control de Empresas" (adscrita a la Primera Tenencia de Alcaldía) y no a la "Dirección de Servicios de Coordinación y Seguimiento de Organismos Autónomos y Empresas" (adscrita a la Alcaldía-Presidencia) y que es el nombre completo de la "Dirección de Seguimiento de Empresas" a la que realmente se refiere la narración fáctica de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia -insiste el impugnante- basa en esa (errónea) relación de dependencia directa el delito de prevaricación por omisión, pues de ella se derivaría el deber del Sr. Franco de actuar y de impartir órdenes a la Dirección de Seguimiento de Empresas para recalcular el "neto patrimonial" a 31 de diciembre de 1992 de la EMSFM y, por tanto, el verdadero precio que supuestamente debía pagar la adjudicataria Funespaña conforme a su oferta.

Por todo ello el recurrente solicita que se suprima toda referencia a la existencia de una relación de dependencia jerárquica directa entre este último departamento y la Primera Tenencia de Alcaldía.

2.La protesta carece de relevancia y es incapaz de repercutir en el fallo, ya que se trata de una simple formalidad retórica, pues en la práctica, quien asumía la iniciativa, control y resolución de la privatización y adjudicación de las acciones era el recurrente como máximo responsable. Esta idea la destaca de forma nítida el M^o Fiscal, en su solicitud de rechazo del presente motivo.

Así pues, el recurrente controlaba el área administrativa que se identificaba con la Dirección de Seguimiento de Empresas, ya que si bien es cierto que se suprime su adscripción directa a la Primera Tenencia Alcaldía en 1991 para pasar a la Alcaldía-Presidencia, también es cierto que el Decreto de la Alcaldía Presidencia de fecha 5 de julio 1991, publicado en el BOCAM nº 169 atribuye al Primer Teniente Alcalde entre sus cometidos en el apartado Primero, número 5 "... la Dirección de Coordinación y Seguimiento de Organismos Autónomos y Empresas adscritos directamente a la Alcaldía-Presidencia, incluyendo la facultad de resolver, mediante actos administrativos, los asuntos propios de la competencia de dichos servicios. Elevar a la Comisión informativa que corresponda los asuntos relacionados con los servicios de la Dirección de Organismos Autónomos y Empresas y decretar la conclusión y archivo de los expedientes que aparezcan ultimados en todos sus trámites, referentes a materias propias de su competencia y de la Dirección de Organismos



Autónomos y Empresas", sin perjuicio de las delegaciones que la Alcaldía-Presidencia efectuare en aquél (cfr. apartado segundo del Decreto).

El propio informe de fecha 1 de marzo de 2000 elaborado por el Director de Servicios de personal, obrante a los folios 3.615 a 3.617 del tomo IX en el que el recurrente basa principalmente este motivo, dice expresamente: "En 1991 y en virtud de lo establecido en el Decreto del Alcalde Presidente de 5 de julio del mismo año esta Unidad (para referirse a la "Dirección de Servicios de Coordinación y Seguimiento de Organismos Autónomos y Empresas) se adscribe directamente a la Alcaldía Presidencia con la denominación "Dirección de Servicios de Coordinación y Seguimiento de Organismos Autónomos y Empresas", cuya gestión, de acuerdo con la delegación contenida en el mismo Decreto, correspondía al primer Teniente Alcalde".

Esta idea es confirmada por el entonces alcalde Sr. Íñigo , quien ratifica la delegación y responsabilidad político-administrativa del recurrente.

El motivo ha de claudicar.

CUARTO.- En el **cuarto motivo** el acusado aduce la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E .), sirviéndose de los cauces procesales previstos en el art. 5-4 LOPJ. y 852 L.E.Cr.

1.El recurrente hace un análisis de los aspectos que al Tribunal de casación compete analizar en su función de control, exponiendo correcta y ordenadamente la jurisprudencia recaída sobre la materia tanto de esta Sala como del Tribunal Contitucional.

Tal control ha de limitarse a la constatación de la concurrencia de todos los elementos constitutivos de la infracción, sobre los que debe haber recaído una prueba suficiente, aunque sea mínima, comprobando a su vez la observancia de los principios y normas constitucionales y procesales en la obtención y práctica de la misma, para finalmente supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante, que debe explicitar el Tribunal sentenciador. Estas mismas garantías probatorias han de incidir en la determinación de la participación del acusado en el hecho.

El recurrente, expuesta sintéticamente tal doctrina, entiende que, de admitir los tres motivos precedentes, la alteración factual determinaría la exclusión del carácter delictivo de los hechos y de la intervención consciente en ellos del acusado.



2.El motivo no puede prosperar porque está condicionado a un *prius* inexistente. La desestimación de los motivos precedentes arrastraría la del presente.

Pero independientemente de ello, el Tribunal en una amplia y razonada sentencia incorporó, junto a los hechos probados, la motivación de las pruebas que los sustentan, ampliamente descritas, entre las que destacaban la prueba documental y testifical, a las que deben añadirse los dictámenes o pericias pertinentes, todo ello desarrollado en las páginas 104 a 166, en base a las cuales se justifica el tenor condenatorio de la sentencia.

El motivo debe rechazarse.

QUINTO.- En el **quinto motivo** se denuncia corriente infracción de ley (art. 849-1º L.E.Cr.) por indebida aplicación del art. 404 C.P . (art. 358 del C.Penal de 1973) en cuanto la acción (omisión) constitutiva del delito de prevaricación no puede ser calificada de arbitraria.

1.En el desarrollo del motivo el censuante explica que: "el 22 de diciembre de 1992 el Pleno del Ayuntamiento de Madrid acordó por mayoría absoluta la adjudicación del 49 % del capital de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid S.A. (EMSFM) a la concursante Funespaña S.L. Hasta ese momento, la Sala enjuiciante considera que la actuación de D. Franco y el resto de miembros del Ayuntamiento de Madrid fue correcta, legítima y ajustada a derecho".

El concurso público convocado al efecto por vía de urgencia obtuvo el beneplácito de la Sección 4ª de la Sala III del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de mayo de 2006. Pero a partir de tal momento la Sala enjuiciadora considera cometido el delito de prevaricación circunscrito a la actuación desplegada por el recurrente y a las omisiones voluntarias de cuantas actuaciones señalaron como necesarias los órganos técnicos del Ayuntamiento una vez adjudicado el concurso.

Concretamente las omisiones voluntarias habrían consistido en:

- a) Hacer caso omiso de las advertencias de los técnicos municipales en orden a "extremar el rigor de las operaciones de ejecución de la adjudicación".
- b) Hacer caso omiso de los informes del interventor sobre la incidencia del "patrimonio neto" en la compensación de la deuda exigida por Funespaña como condición previa en su oferta.
- c) No dar "orden alguna para que se calculara el verdadero valor neto patrimonial de la empresa a 31/12/1992, ni para la subsiguiente determinación del precio como pedía el interventor".

Y la actuación punible desplegada por el Sr. Franco se centraría en:



a) Firmar "el 17 de febrero de 1992 con D. Torcuato el contrato de formalización de la adjudicación por el precio de 4.058.750.100 pts.

b) Proponer al Pleno del Ayuntamiento de Madrid "el cumplimiento de la condición previa impuesta por la ofertante", Pleno que en la sesión celebrada el 26 de febrero de 1993 aprobaría esa propuesta, adoptando un acuerdo "que supuso la efectiva condonación de la deuda de 2.274.747.645 pesetas que la EMSFM tenía con el Ayuntamiento", lo que "determinó que Funespaña S.L. adquiriera definitivamente el 49 % del capital social de la Empresa Mixta de servicios Funerarios de Madrid por el precio de 100 pesetas a pesar de que el "patrimonio neto" por mor de tal condonación se había tornado en positivo por importe de 2.523.000.000 pesetas a 31 de diciembre de 1992, con lo que el 49% equivalía a 1.236.270.000 pesetas, precio que debió pagar Funespaña S.L." según los términos de su propia oferta que fijaba como precio de adquisición el 49% del Patrimonio Neto si fuera positivo.

2.La ausencia de arbitrariedad -según el recurrente- surgiría como lógica consecuencia de los distintos datos que se comprenden en hechos probados.

Existe unanimidad entre todos los peritos y el Tribunal de Cuentas -sigue razonando el recurrente- y en consecuencia así lo recoge la sentencia recurrida, que según la correcta contabilidad de EMSFM su "patrimonio neto" a 31 de diciembre de 1992 era negativo en 105.600.000 pesetas. Por esa razón, el precio que pagó Funespaña por el 49% fue el de 100 pesetas más una ampliación de capital de 200 millones de pesetas.

El problema estriba, exclusivamente, en el hipotético efecto retroactivo que sobre el cálculo de ese "patrimonio neto" debería haber tenido el tratamiento que el Ayuntamiento de Madrid dispuso posteriormente a la famosa deuda de 2.274 millones de pesetas. Si hubiera alguna arbitrariedad o ilegalidad clamorosa (por acción y/u omisión) ahí radicaría la prevaricación, pero en realidad se trata de un tema sujeto a interpretación, que tiene una explicación razonable y que, además, no ha ocasionado ningún resultado materialmente injusto.

La deuda de 2.274 millones de pesetas que la EMSFM mantenía con el Ayuntamiento de Madrid fue calculada y congelada el 30 de septiembre de 1992 por el Departamento del Patrimonio y procedía del sueldo de los funcionarios municipales que prestaban servicios en los cementerios para la EMSFM, sueldo que pagaba el Ayuntamiento y que cargaba a la funeraria. Una vez que se produjo la adjudicación lo que el Ayuntamiento de Madrid pretendía era una "compensación" de deudas recíprocas y no una "condonación" de la deuda.



Sostiene, como ya anticipó en el motivo 1º, que esta compensación de deudas recíprocas tuvo la aprobación y el visto bueno del "interventor general" del Ayuntamiento Sr. Pedro Jesús , que en su informe de 16 de febrero de 1993 señalaba que, pese a que pudiera interpretarse que conforme a sus estatutos la EMSFM debía asumir los gastos corrientes y de inversión en cementerios, lo cierto es que "debido a la inconcreción que ha regido las relaciones entre la EMSFM y el Ayuntamiento, motivada fundamentalmente por no haberse formalizado con el debido detalle y especificidad la encomienda de este servicio de cementerio en el año 1985, cabría considerar en este caso la aprobación por parte del Ayuntamiento de una aportación a la empresa que le permita resarcirse de estos gastos, en tanto en cuanto tengan el carácter de extraordinarios y no se puedan financiar con los ingresos corrientes del servicio. En realidad la compensación, en opinión del recurrente, no pudo completarse por razones técnicas, contables y económicas.

Concluye que después del informe del interventor de 4 de marzo de 1994, el equipo de gobierno del Ayuntamiento adoptó las medidas necesarias para que Funespaña no participara del beneficio extraordinario que por la "empresa mixta" había supuesto la condonación, proponiendo la constitución de una reserva voluntaria e indisponible. De todo lo cual se colige que la condonación no fue un objetivo en sí mismo sino la consecuencia de una compensación frustrada . En cualquier caso la participación de Funespaña en un 49% y la asunción de la tareas de gestión, en definitiva, la privatización de la empresa, supuso para el Ayuntamiento un gran beneficio económico.

Por último rechaza la aplicación de la modalidad comisiva de omisión (comisión por omisión), a cuyo reconocimiento la jurisprudencia siempre se ha mostrado reacia, a pesar del acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II de 30 de junio de 1997 que estableció **"Cabe incurrir en responsabilidad por prevaricación en su modalidad de comisión por omisión, cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa y su omisión tiene efectos equivalentes a la denegación"**.

3.Descrito en esencia el contenido de la protesta del recurrente, antes de dar respuesta es oportuno dejar constancia de la doctrina jurisprudencial recaída sobre este tipo delictivo, y que tanto el recurrente como el Fiscal reseñan con precisión y acierto.

A) Sobre el bien jurídico protegido debe quedar sentado que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a



ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (SSTS 1015/2002, de 31 de mayo; 331/2003, de 5 de marzo y 1658/2003, de 4 de diciembre , entre otras).

B) Por su parte la acción consistente en dictar una resolución en un asunto administrativo implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS 727/2000, de 23 de octubre).

C) Respecto al elemento diferenciador entre ilegalidad administrativa y penal (arbitrariedad) la Sala ha seguido distintas orientaciones, estimando desde una óptica objetiva que el acento debe hallarse en la "patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho". Se habla así de contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996) o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal (STS. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el art. 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art. 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS. 766/1999 de 18 de mayo y 2340/2001, de 10 de diciembre).

D) El resumen doctrinal de esta Sala acerca de la separación entre infracción administrativa y penal, atribuida a la autoridad o funcionario que resuelve, la recoge la sentencia nº 627/2006 de 8 de junio en la que se dice que "La jurisprudencia de la Sala II exige para rellenar el contenido de la



arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos ("palmaria", "patente", "evidente", "esperpéntica", "grosera", etc.) pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados.

E) Los requisitos, en suma, del delito que analizamos los viene a expresar la sentencia antes invocada de 8 de junio de 2006 "Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, 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, ha de ser de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario con conocimiento de actuar en contra del derecho.

4. Analizando el caso que nos compete dentro de los presupuestos doctrinales que acabamos de examinar, aparecen en el hecho enjuiciado los elementos legalmente exigibles en el delito por el que se condena.

En primer lugar, como tiene dicho esta Sala, "el camino hábil para cuestionar ante el Tribunal de casación la correcta aplicación de la ley por el juez inferior debe limitarse a la comprobación de que los preceptos sustantivos aplicados son los procedentes, si se han dejado de aplicar otros o si los aplicados se han interpretado adecuadamente, pero siempre partiendo de los hechos que se declaran probados en la sentencia, sin añadir otros nuevos ni prescindir de los existentes" (art. 884-3 L.E.Cr.).

Pues bien, el recurrente examina e interpreta los hechos sesgadamente desde su posición procesal, lo que no está permitido en un motivo casacional de esta naturaleza, que obliga al estricto respeto del factum. Si nos atenemos al mismo es patente la comisión por su parte del hecho delictivo que se le imputa. Para ello, entre otros, deben tenerse presentes los siguientes hechos probados:

a) La Empresa Mixta de Servicios Funerarios fue valorada a 31 de diciembre de 1992 por la Consultora Maxwell y Espinosa en tres mil millones de pesetas (hecho probado 4º, pag. 64 in fine de la sentencia).



- b) En el pliego de condiciones del concurso, se fijó como valor tipo de contrato el de 1.470 millones de pesetas, que se correspondería con el 49 % de la valoración dada por la antes citada empresa (hecho probado 8º, pag. 72).
- c) Si bien en un principio el consejo de administración de la empresa mixta acordó un aumento de capital por importe de la deuda que tenía con el Ayuntamiento (2.274 millones de pesetas) *"mediante aportaciones no dinerarias por capitalización"* decisión por cierto que era la pertinente, fue desconvocada la Junta General Extraordinaria para la adopción de tal acuerdo (hecho probado 9º, pags. 73 y 74).
- d) La oferta presentada por Funespaña aunque aparentemente era por un importe de 4.058.750.100 de pesetas *"su verdadera oferta"* (H.P. duodécimo pag. 77 in fine) era la de pagar sólo 100 pesetas y ampliar el capital por 200 millones, pues el resto de la oferta económica *"carecía de virtualidad"* (pag. 78 de la sentencia).
- e) El Sr. Franco fue el que encargó el análisis de las ofertas a los Departamentos técnicos correspondientes, los cuales advirtieron que debía extremarse el rigor en la ejecución de las operaciones que se derivaran de la adjudicación (H.P. décimo quinto, pag. 87).
- f) El interventor general del Ayuntamiento, en su informe de 14 de diciembre de 1992, advirtió que la llamada compensación-condonación *"debería hacerse con anterioridad a la adjudicación"* y que ello debería considerarse *"a efectos de valorar el patrimonio neto de la empresa mixta por la que Funespaña S.L. debería ingresar en las arcas municipales 1.098 millones de pesetas"* (H.P. décimo séptimo, pags. 88 y 89).
- g) En similar sentido se pronunció el jefe de Departamento de Patrimonio del Ayuntamiento, con el conformado del concejal competente en el apartado 1º de su informe (H.P. vigésimo, pag. 92)
- h) En el H.P. vigésimo tercero, se precisan las omisiones y actuaciones del Sr. Franco y se afirma que el acuerdo tomado por el Pleno a su propuesta en la sesión celebrada el 26 de febrero de 1993 *"supuso la efectiva condonación de la deuda de 2.274.747.645 pts. que la empresa mixta tenía con el Ayuntamiento"* (pag. 97) lo cual determinó *"que Funespaña adquiriera definitivamente el 49 % del capital social de la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid por el precio de 100 pesetas"* y ello a pesar de que el "patrimonio neto" de la empresa mixta por mor de tal condonación se había tornado según los propios cálculos de la ofertante en 2.168.747.645 positivo



y según la regular contabilidad de la Empresa Mixta en positivo por importe de 2.735.000.000 de pts. a 31 de diciembre de 1992" (pag. 97 in fine de la sentencia).

i) En el H.P. 24 (folio 98) se dice: *"La condonación de la deuda verificada con posterioridad a la adjudicación a Funespaña S.L. supuso entonces un beneficio extraordinario para la EMSFMSA de 2.274.747.645 pesetas que favoreció en igual medida a la adjudicataria al ser contabilizado por la nueva gerencia de la EMSFMSA como "ingresos extraordinarios" del ejercicio correspondiente al año 1993, lo que además de mejorar la imagen de la gestión, beneficiaba a la entidad adjudicataria".*

5. Sobre esa base factual son improsperables los alegatos vertidos en el recurso. Así, no es posible afirmar que el efecto de la condonación de la deuda era hipotético, cuando el interventor municipal precisaba que Funespaña debió haber satisfecho (1.098 millones de pesetas en lugar de 100 pesetas). Tampoco puede hablarse de dificultades presupuestarias para no efectuar la condonación, cuando la condonación no suponía desembolso efectivo alguno por parte del Ayuntamiento, pero además a primeros de 1993 cuando se hace la condonación Funespaña era propietaria del 49 % y no debía existir ninguna dificultad en tal fecha.

Pero además no era posible la compensación, pues para eso deben existir créditos y deudas recíprocas entre las partes que las compensan y la deuda del Ayuntamiento no aparecía reflejada contablemente, lo que resulta lógico, por cuanto la sentencia valoró adecuadamente que los contratos de la empresa no permitían compensar los gastos producidos en cementerios. De haber tenido obligación de hacerlo, la cantidad por este concepto invertida entre los años 1985 y 1992 era nada menos que la no desdeñable cifra de 7.725.308.381 pts. La propuesta de compensación era una simple afirmación formal, sin posibilidad de efectividad. Por otro lado la proposición compensatoria la sometía a la condición de que el Ayuntamiento aprobase un crédito a favor de la empresa mixta, lo que carece de sentido, pues ello es tanto como regalar, sin causa, una importante cantidad de dinero a Funespaña que carecía de derecho alguno a recibirlo.

Por lo demás, no poseen influencia en el análisis del motivo las alegaciones referidas al intento posterior de que no se dispusiera de esa cantidad, sólo ocurrido cuando en el informe del interventor se hace constar el desaguisado producido (informe de 4 de marzo de 1994).

Es indiferente para la existencia del delito un daño concreto material al interés colectivo o el supuesto beneficio que supuso para el Ayuntamiento la privatización de la empresa.



6. Por último, la referencia hecha por el recurrente a la improcedencia de reputar la prevaricación como ejecutada en su modalidad de "comisión por omisión" puede ser certera en su formulación, aunque ninguna consecuencia alteradora de lo ya resuelto produce. Lo acordado en el Pleno no jurisdiccional de 30 de julio de 1997 por esta Sala, implica que la prevaricación se comete sin más por una simple conducta omisiva, cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa y no se hace y a su vez la omisión por sí sola tiene efectos equivalentes a una denegación.

En nuestro caso, la subsunción de la conducta enjuiciada en el art. 404 C.P. (antes 358 C.P. 1973) es consecuencia de una resolución administrativa injusta o arbitraria y ésta la constituyó la dictada por el Ayuntamiento de Madrid el 17-2-1993 y la posterior de 26-2-93 a instancias del recurrente. Ciertamente que los actos previos negligentemente realizados, desatendiendo las indicaciones del Departamento de Patrimonio e informes del interventor de la Corporación, constituían conductas englobadas dentro del comportamiento delictivo, enderezadas al acto final comisivo constituido por la resolución arbitraria.

Es cierto que no puede hablarse de una comisión por omisión por una parte y de una comisión por acción por otra. Hubo un solo delito por acción, que fue precedido por necesarias omisiones conscientes, conducentes y preparadas para el acto final prevaricador. Como se puede observar el matiz diferenciador no afecta en modo alguno a la existencia del delito, cuya descripción, ahora inatacable, se halla contenida en el factum, especialmente en el apartado nº 23 del mismo.

El motivo, por todo lo expuesto debe desestimarse.

SEXTO.- En el **motivo sexto**, por infracción de ley (art. 849-1 L.E.Cr.), se estima de igual modo indebidamente aplicado el art. 404 C.Penal, negando que la conducta típica se realizara a sabiendas de su injusticia.

1. El motivo se formula como subsidiario del anterior y los argumentos esenciales basculan en el sentido de negar la comisión de este delito doloso o a través de dolo eventual, dada la expresión "a sabiendas" que utiliza el precepto punitivo.

Según el recurrente éste no tenía clara conciencia de la injusticia o arbitrariedad de la resolución que dicta al faltar un propósito inequívoco de conculcar la legalidad a la que debía ajustarse la decisión. Parte de la modificación de los hechos probados en los términos interesados en los tres primeros motivos articulados, no resultando patente la voluntad del acusado de beneficiar a



Funespaña. Tampoco -a su juicio- revela una clara conciencia de la injusticia y arbitrariedad la firma del contrato de 17 de febrero de 1993, ya que en el fondo venía a reproducir el acuerdo plenario de adjudicación de 22 de diciembre de 1992.

Por todo ello el censurante estima que si no hay arbitrariedad es insostenible cualquier hipótesis de conciencia de injusticia manifiesta, pero aun en el supuesto de que tal ilegalidad contable existiera, un jurista y político como el Sr. Franco , que no tiene una formación en contabilidad pública como la que pueda corresponder al personal técnico del Ayuntamiento, no podía tener ninguna conciencia de ilegalidad cuando ni los expertos en derecho contable le advirtieron en tal sentido, y mucho menos de un modo tajante e indubitado.

2.El carácter subsidiario del motivo que lo hace depender de la estimación de otro previo por *error facti* , sería suficiente para dar al traste con la pretensión, habida cuenta que ninguno de los articulados por la vía del art. 849-2 L.E.Cr . fue estimado.

Es cierto que el delito sólo se puede cometer por dolo directo, pero la naturaleza del motivo obliga a ceñirnos a los hechos probados (art. 884-3 L.E.Cr .) en los que sí se describe la consciente realización de la conducta delictiva. Era imposible concebir la comisión de tan grave desaguizado, que descaradamente favorecía a una entidad privada sin motivo o justificación, faltando la conciencia de ello.

No se descarta que una finalidad esencial del proceder del recurrente fuera su determinante voluntad política de concluir un proceso de privatización que tanto él como el Pleno del Ayuntamiento reputaban beneficioso y necesitado de efectividad en el ejercicio económico en curso, pero ello no excluye que fuera claramente consciente del beneficio injusto que atribuía a un tercero, ilegal a todas luces. Los técnicos, en relación con el acuerdo del Pleno de diciembre, se encargaron de advertir de sus inconcreciones, de las que hizo caso omiso el censurante. De cualquier modo el tribunal de instancia, con suficiente sustento probatorio y en base a una inferencia irreprochable, entendió justificadamente que el recurrente era pleno conocedor de la flagrante y grave irregularidad cometida, y en tal sentido el propio recurrente aceptó que fue él quien propuso al Pleno la condonación de la deuda que la empresa mixta tenía con el Ayuntamiento.

Por último, no puede el recurrente excusarse por la carencia de formación en materia de contabilidad pública, cuando dispuso de varios dictámenes que de forma elemental hacían notar la



arbitrariedad o ilegalidad que supondría la condonación de una deuda tan llamativamente importante, de cuya condonación iban a beneficiarse unos particulares.

El motivo debe rechazarse.

SÉPTIMO.- Por último y por igual cauce procesal en el **motivo séptimo** vuelve a insistir en la infracción del mismo precepto del art. 404, antes 358 del C.P. 1993 , ahora negando la autoría de los hechos.

1.El motivo se formula como subsidiario de los anteriores y se condiciona a la estimación del 2º y 3º, formalizados por *error facti* . Se niega la "dependencia jerárquica directa" de la Dirección de Seguimiento de Empresas, respecto de la Primera Tenencia de Alcaldía.

Reformado el factum, resultaría que el acusado no tendría atribuida la competencia para actuar en la fase de ejecución o adjudicación del concurso convocado, según los informes elaborados por los técnicos municipales o por la intervención general sobre el proceso de privatización parcial de la EMSFM. Si la responsabilidad se atribuye por la competencia de la primera Tenencia de Alcaldía para intervenir en dicho proceso, por esta vía podría igualmente responsabilizarse penalmente al Concejal del área correspondiente o al Alcalde.

Por otro lado no fue el recurrente el que defendió en el Pleno la propuesta que se califica de prevaricadora.

2.El carácter condicionado del motivo bastaría para su inicial rechazo ante la desestimación del motivo 3º del recurso.

Sin embargo, ya tuvimos ocasión de matizar en aquel momento que el Decreto de la Alcaldía de 5 de julio de 1991 no tuvo repercusión en la iniciativa, desarrollo y asunción de actividad por parte del acusado, que se erigió en el artifice de toda la operación. El citado Decreto le atribuía funciones delegadas, y además el propio alcalde las delegó en esta ocasión, según su testimonio que nadie ha puesto en duda. Recordemos la letra f) del Decreto que señala de forma inequívoca que es competencia del Teniente Alcalde, Sr. Franco , "La dirección de la coordinación y seguimiento de Organismos Autónomos y Empresas adscritas directamente al Alcalde-Presidente, incluyendo la facultad de resolver" , todo ello sin perjuicio de que formalmente dicha Dirección de Servicios estuviera adscrita a la alcaldía, pues en la práctica la gestión y dirección de la misma se encomendaba a la Tenencia de Alcaldía, interpretación que tiene su apoyo en el informe municipal



de 1 de marzo de 2000 obrante al folio 3.615 de las actuaciones, en el que se recuerda que la gestión de dicha dirección de Servicios correspondía al Primer Teniente de Alcalde.

Por todo lo expuesto el motivo ha de ser rechazado.

Recurso del Ministerio Fiscal.

OCTAVO.- En el **motivo primero**, al amparo del art. 849-1B0 L.E.Cr., estima indebidamente inaplicable el delito de prevaricación del art. 358 y 14 del C. Penal de 1973 (404 y 28.3 C.P. 1995) atribuido en concepto de cooperadores necesarios a Miguel y a Torcuato .

1. Al extractar la protesta nos recuerda que ante la acusación del Ministerio Fiscal contra Miguel y contra Torcuato como cooperadores necesarios del delito de prevaricación por el que se condena al primer Teniente Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, Franco , la sentencia impugnada en el Fundamento de Derecho 2B0, folio 182 in fine, les absuelve al considerar que *"el asesoramiento prestado por don Miguel era superfluo a los efectos de la legalidad del procedimiento administrativo"* , considerando que la actividad del mismo ante el primer Teniente Alcalde integra el delito de tráfico de influencias del art. 404 bis b) CP. del 73 (art. 425 CP. del 95) sobre el que tiene que absolver al estar prescrito, según detalla el Fundamento de Derecho 3B0, folios 182 a 185.

La Fiscalía discrepa de las absoluciones por entender que en los Hechos 6B0, 7B0, 10B0, 14B0 y 22B0 de la sentencia recurrida se establecen los elementos fácticos esenciales para considerar el asesoramiento del acusado Miguel y, por ende, la también participación de su socio Torcuato , como necesarios en las omisiones del primer Teniente Alcalde por las que fue condenado como autor de un delito de prevaricación. En consecuencia, se estima que la sentencia infringe los arts. 358 y 14 CP del 73 (art. 404 y 28.3 CP del 95) por inaplicación indebida.

En cuanto a Torcuato , la sentencia también le absuelve en el Fundamento de Derecho 2B0. Sin embargo, en base al factum se considera igualmente cooperador necesario del citado delito dado su pacto con Miguel y, en consecuencia, se estima que la sentencia infringe los arts. 358 y 14 CP. del 73 (art. 404 y 28.3 CP. del 95) por inaplicación indebida.

Descritos los hechos probados de referencia el Tribunal sostiene que de ellos se deduce una actuación de Miguel que lejos de ser superflua, como erróneamente afirma la sentencia recurrida en su fundamento de derecho 2B0 (folio 182), fue decisiva para la adjudicación del concurso a Funespaña S.L. bajo la condición de que fuera condonada la deuda salarial que tenía la EMSFM con



e1 Excmo. Ayuntamiento de Madrid cuantificada en 30 de septiembre de 1992 en 2.274.747,64 pts. por gastos y suplidos del personal funcionario que prestó servicios a la empresa municipal.

2.E1 planteamiento del Fiscal puede apuntar a un delito de tráfico de influencias dado por prescrito en la recurrida, a cuya decisión se aquieta, pero en modo alguno de cooperación necesaria a la prevaricación, sin perjuicio de reconocer una determinada influencia en la decisión de compensar o condonar la deuda, fruto de la iniciativa de Franco .

En primer término porque precisada la conducta delictiva al resolver los motivos del recurso interpuesto por el Sr. Franco , ya se dijo que las omisiones no constituían en este caso resoluciones administrativas arbitrarias al objeto de integrar el delito de prevaricación, sino que formaban parte de una conducta compleja, preparatoria y cointegrada con la verdadera decisión arbitraria que fue la aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid de la propuesta del Teniente Alcalde Sr. Franco en la que se compensa (término encubridor de una verdadera condonación) la cantidad que la empresa funeraria municipal adeudaba al Ayuntamiento por haber sido beneficiaria de servicios prestados por funcionarios de la Corporación.

La participación del acusado Miguel limitada a las omisiones del primer Teniente Alcalde por el que fue condenado como autor de un delito de prevaricación no tendrían visos de prosperabilidad. La intervención de Roman , todavía mas etérea y evanescente, la va a derivar el Fiscal de pactos con Miguel , tendentes a la obtención del convenio para la compra del 49 % de las acciones de la empresa municipal de servicios funerarios madrileña.

En definitiva, sobre lo que no es en sí mismo prevaricación (omisiones) en el proceso de privatización al faltar la resolución administrativa, pues la inactividad en tal supuesto no era equiparable ni producía los mismos efectos que la comisión del delito por acción (art. 11 C.P .), no es susceptible de integrar el delito de prevaricación. Distinta es la influencia o constreñimiento para resolver sobre la condonación de la deuda de la empresa funeraria con el Ayuntamiento, que se incluía en la propuesta de Franco hecha al Pleno.

3.Pero independientemente de ello, para la adecuada resolución del motivo debemos tener presentes otros pasajes del factum que enriquecen y completan el decurso del episodio criminal, los cuales serían indicativos de la indudable influencia y virtualidad de los informes que pudiera haber emitido o los contactos habidos entre el acusado Sr. Miguel con el Teniente de Alcalde condenado, ya que antes de todo eso el Ayuntamiento había acordado privatizar la empresa.



Además de los contactos, ofertas e informes aportados al expediente, en el hecho probado 17 de la sentencia se expresa quién informó las ofertas recibidas en el Ayuntamiento para la adjudicación, que fueron, entre otros, el Jefe del Área de Sanidad, el Secretario General del Ayuntamiento, el Jefe del Patrimonio (10-diciembre-1992) y el Interventor General (14- diciembre-1992) según resulta de la sentencia (pag. 88. 89 y 90). La propia sentencia afirma que la propuesta de adjudicación la hicieron las Comisiones informativas de Régimen Interior, Personal y Sanidad el 5 de diciembre de 1992. Finalmente se adjudican las acciones a Funespaña por ser la mejor de las diversas ofertas formuladas, lo que sucede el 22 de diciembre de 1992. Estos datos relegan a lugar secundario los contactos e informes del acusado Miguel cerca del primer Teniente de Alcalde.

La opción de los informes funcionariales por la oferta que hizo el acusado Roman , asesorado por Miguel , fue unánime y todos los trámites y demás actuaciones administrativas fueron declaradas regulares y conformes a ley por la sentencia del Tribunal Supremo (Sección 4ª) de su Sala III de 20 de mayo de 2006 .

4.Adjudicado el concurso regularmente a Funespaña, no se ha acreditado contacto alguno que no sean los comportamientos integrantes del delito de tráfico de influencias por el que el acusado propuso al Teniente de Alcalde Sr. Franco la condonación de la deuda de la Empresa Municipal con el Ayuntamiento, pretensión que por cierto solicitaban todos los optantes. A falta de otras pruebas el concejal sólo pretendía cerrar el proceso de privatización que no admitía demoras y se imponía por la angustiosa situación económica que atravesaba la empresa, prácticamente en quiebra técnica, lo que hizo que todos los grupos municipales decidieran poner remedio a la situación en acuerdo de julio de 1992, ya citado.

Por otro lado, si atendemos a los requisitos precisos para la cooperación necesaria en el delito, esta Sala en una inveterada jurisprudencia ha hecho hincapié en los dos elementos esenciales de esta modalidad participativa:

a) Elemento subjetivo, integrado por un previo acuerdo o concierto, en el que se planifica la acción, lo que no significa que deba adoptar una forma determinada o que sea concurrente a la acción o se incorpore adhesivamente a ella, pero implicando siempre una tácita aquiescencia a la realización del hecho delictivo.

b) Un elemento objetivo, que supone una acción efectiva y real de contribución al delito, con actos de ejecución eficaces y trascendentes, no meramente periféricos, siendo la nota la imprescindibilidad, de tal suerte que sin esta actividad difícilmente se hubiera cometido el delito, o



en otros términos, si suprimido mentalmente el aporte causal (acto cooperador) el resultado no se hubiera producido.

Pues bien, ninguna de estas circunstancias aflora en el hecho con el carácter de determinantes y decisivas, en relación a la aprobación de acuerdo municipal sobre la propuesta de condonación de 26 de febrero de 1993.

5. Dicho lo anterior es necesario destacar que *el Fiscal ha hecho hincapié en algunos aspectos del factum, de los que puede claramente desprenderse que la actividad de Miguel, si no decisiva o determinante, sí fue relevantemente influyente, hasta el punto de poderse integrar dentro de la modalidad de cooperación al delito no necesaria (complicidad)*. En la sentencia es significativo el hecho probado 6º, por un lado y los 7, 10, 14 y 22 por otro. Los fragmentos que merecen destacarse del motivo articulado son los siguientes:

a) Hecho probado 6º, folios 67 y 68 (motivación fol. 112). El primer Teniente de Alcalde, Sr. Franco, para culminar la privatización de la EMSFM "... *inició una ronda de entrevistas con personas y entidades que habían mostrado interés en participar, ... en las que estuvo presente Miguel, quien a partir de ese momento y sin que conste la existencia de contrato para ello, se convirtió en el asesor directo del primer Teniente de Alcalde en el proceso para la integración de capital privado en la EMSFM...*". "Esta posición permitió a D. Miguel conocer los posibles licitadores, sus expectativas y sus condiciones para participar".

"Entre los posibles licitadores interviene Torcuato ... con el cual entró en contacto Miguel, iniciándose entre ellos una intensa colaboración dirigida a que Funespaña S.L. bajo su dirección, formulara una oferta que contuviera los elementos necesarios mínimos para satisfacer las exigencias de los órganos municipales a los que el propio Miguel estaba asesorando, **asegurando** con ello la adjudicación del concurso, a cambio de su participación posterior en la sociedad adjudicataria en el control de EMSFM".

b) En los demás hechos probados mencionados antes aparecen datos destacados en dirección a la colaboración e influencia en la decisión final del proceso privatizador. Entre ellos:

1) Hecho probado 7º, folio 77 y 75 (motivación fol. 120). El Sr. Franco "*mantuvo reuniones con el Jefe de Departamento de sanidad y otros funcionarios, en los que también estuvo presente D. Miguel, para buscar la fórmula más adecuada que permitiera la integración de capital privado en la EMSFM...*"



2) Hecho probado 10º, folios 74 y 75 (motivación fol. 120) *"Durante la exposición del anuncio del concurso continuaron las entrevistas entre el Sr. Franco y D. Miguel ..."*.

3) Hecho probado 14º, fol. 86 (motivación fol. 125 y 129) *" Miguel transmitió su particular y sesgada opinión sobre la situación económica de la empresa funeraria y sobre las ofertas.... trasladando al Sr. Franco y al Sr. Marco Antonio el convencimiento de que si no se procedía a la adjudicación del concurso la empresa mixta habría de proceder a la disolución"*.

4) Hecho probado 22º, fol. 94 (motivación fol. 132). *"El 3 de febrero de 1993 el Presidente de EMSFM suscribió (una vez asesorado sobre su contenido por D. Miguel) con Torcuato contrato de gestión..."*.

6.Las referencias factuales descritas y otras complementarias, que las desarrollan en la motivación de hechos y en la fundamentación jurídica, nos indican que *el asesoramiento prestado por el acusado Miguel no "era superfluo" en orden a la toma de decisión de adjudicar el concurso a Funespaña. Lo sería a efectos de legalidad, en tanto el primer Teniente de Alcalde tomó en consideración los informes de los técnicos municipales*, pero frente a la alternativa de declarar desierto el concurso, de exigir a los concurrentes la asunción de obligaciones complementarias y de la elección de adjudicatario, sí tuviera relevancia las intensas gestiones, instigaciones y sugerencias hechas cerca del Sr. Franco para que actuara en la línea pretendida por el acusado Sr. Miguel , quien ocultaba a la Corporación el interés que ostentaba tras la sociedad de Funespaña, uno de los aspirantes a la adjudicación y ello bajo la condición de que fuera condonada la deuda salarial que tenía la empresa municipal con el Ayuntamiento de Madrid, cuantificada en 30 de septiembre de 1992 en 2.274.747.643 pesetas, como así se acordó en el Acuerdo del Pleno Municipal de 26 de febrero de 1993 (hecho probado 23, fol. 96). El 49% en que resultó beneficiada Funespaña alcanzaría la cifra de 1.236.270.000 pts, según hechos probados.

7.La sentencia, en su fundamento jurídico 2º, no excluye la posibilidad de responder por complicidad en el delito de prevaricación al acusado Sr. Miguel , en tanto admite, en consonancia con la jurisprudencia y el Código Penal (art. 65-3), la participación de *"extraneus"* en las modalidades de "inducción", "cooperación necesaria" y "complicidad", ésta última, según explicaba la sentencia, caracterizada por *"la participación en el hecho delictivo de modo accidental y no condicionante en cuyo caso se exige el previo conocimiento del delito que se va a cometer y la voluntaria prestación de ese auxilio secundario..."* (ver pag. 182).



Pero el fundamento jurídico siguiente (3º), cuando trata del delito de tráfico de influencias desarrolla argumentaciones precisas en las que concluye de forma rotunda acerca de la existencia de tal delito, cometido por el Sr. Miguel , en el que la no exigibilidad de responsabilidad criminal venía de la mano de la prescripción que estimaba producida.

Mas, lo que aquí interesa es que *la acción desplegada por el acusado Miguel constituía una clara "sugestión, invitación o instigación a la persona del Sr. Franco , artífice de la privatización, a que resolviera en un determinado sentido, desde luego en favor de Funespaña en la que poseía claros intereses. Así la pag. 183 de la sentencia nos dice que la acción típica de "influir" en un funcionario público o autoridad en el caso de autos "lo constituye el hecho del asesoramiento permanente al Sr. Franco , al que convenció además de la necesidad de adjudicar el concurso, alegando que la entidad en otro caso debería de declarar la quiebra" , comportamiento que supone, sin ningún género de dudas, un aporte causal relevante en la toma de decisión a la hora de adjudicar el concurso y de condonar la deuda de la empresa con el Ayuntamiento, que a instancias del Sr. Franco acordó el Pleno de 26 de febrero de 1993.*

8.En el particular indicado procedería la estimación parcial del motivo del Fiscal, en el sentido de que *la conducta del acusado Sr. Miguel no integra una cooperación necesaria a la prevaricación, sino una cooperación no necesaria (complicidad), ya que el Sr. Franco también actuó tomando como referente algunos informes de los técnicos municipales.* No cabe, a este nivel dialéctico, considerar autónomamente el delito de tráfico de influencias, a la vista de que el Fiscal reputaba insitas y consumidas en el de prevaricación las actividades desplegadas de presión o sugestión influenciadora en favor de sus intereses. El principio de congruencia con las pretensiones del recurso hacen decaer la posibilidad de sancionar por el primer delito (tráfico de influencias que se dice prescrito), pero al responder por el delito de prevaricación, dada la simbiosis existente entre ambos, hasta el punto de reputarlo el Fiscal consumido en el mismo, no sería posible plantearse tal opción, aunque sí en el planteamiento correspondiente de la acusación popular del Partido Socialista, por lo que deberán en aquel momento examinarse los efectos de la estimación parcial del presente motivo.

9.Por último y respecto a la responsabilidad de Torcuato , el Fiscal la justifica por la relación existente con Miguel , pero ni en los hechos probados ni en la comisión del delito de tráfico de influencias se atribuye a este acusado ningún concierto o aporte causal al delito de prevaricación. La simple relación con el Sr. Miguel y el acuerdo económico que pudiera mediar entre ellos,



tampoco constituye base fáctica para sustentar una condena por el delito de tráfico de influencias que la Audiencia estima cometido, pues ninguna intervención se refleja en el factum de Torcuato que pueda responsabilizarle de la imputación que se hace.

En este punto el rechazo de esta pretensión confirma la estimación parcial del motivo.

NOVENO.- El **segundo motivo** lo articula por corriente infracción de ley (art. 849-1B0 L.E.Cr.) ante la inaplicación del art. 394.4 C.P. de 1973 (equivalente al 432.1B0 y 2B0 del actual) que regulan el delito de malversación de caudales públicos atribuible a Franco , Miguel y Torcuato .

1.La sentencia no aprecia -en opinión del Fiscal- la concurrencia de un delito de malversación de caudales públicos, si bien la razón fundamental obedece a que por mayor o menor precio la venta se realizó en concurso público a través del procedimiento establecido para ello. No hubo pues una apropiación del caudal público recibido (el 49 % del capital de la E.M.S.F.M.S.A.) ni hubo apropiación de la cantidad obtenida en la venta (100 pesetas) pues se ingresaron en el Tesoro.

En el desarrollo del motivo el M^o Público mantiene que al realizarse la venta por 100 pesetas de las acciones correspondientes al 49% de la EMSFMSA, cuando su valor era de 1.236.270.000 pesetas, hubo una apropiación de dichas acciones sin la contraprestación necesaria en el patrimonio municipal, lo que determinó la sustracción de las mismas sin que la prestación de 100 pesetas pueda entenderse como tal. Sin embargo, los hechos declarados probados contienen -según el Fiscal- la descripción de una malversación de caudales públicos que, en este caso, serían de las acciones de la EMSFMSA que constituían el 49% de su capital. Dicho 49% se habría vendido por 100 pesetas cuando su valor sería superior a 1.000.000.000 pesetas.

En este caso, contrariamente a lo que ocurre en otros delitos de estructura más básica, los hechos constitutivos de la malversación tendrían una configuración compleja y progresiva que, no obstante, ha quedado acreditada en la sentencia. Así, los actos encadenados y sucesivos que propiciaron la ejecución de la malversación de las acciones que representaban el 49% del capital de la Empresa Mixta serían los siguientes:

- a) El incumplimiento de la condición previa exigida por el interventor y, por tanto, la no condonación de 2.274.747.645 pesetas.
- b) El acuerdo de 22 de diciembre de 1992, por el que se adjudicó el concurso a la oferta de Funespaña S.L. pese a que el precio de la misma era de 100 pesetas.
- c) La carta de pago del 49% (100 pesetas) de 12 de febrero de 1993.



d) El contrato de adjudicación de 17 de febrero de 1993, y finalmente

e) El acuerdo de condonación de 26 de febrero de 1993.

Todo ello supuso que, efectivamente, dicho 49% del capital de la EMSFMSA saliera del patrimonio municipal por un valor de 100 pesetas.

2.La doctrina de esta Sala ha venido perfilando la figura delictiva imputada descomponiéndola en los siguientes requisitos o exigencias:

a) La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el CP. bastando, a efectos penales, con la participación legítima en una función pública.

b) Una facultad decisoria potencial o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario publico.

d) Sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

e) Ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción.

De todos ellos la combatida entiende que las cantidades presuntamente sustraídas no merecieron la calificación de caudales públicos, y no porque el patrimonio de una empresa pública no lo sea, sino porque no había llegado a adquirir tal condición una deuda que debió abonar el adjudicatario por las acciones adquiridas. La Audiencia se plantea la cuestión sobre el momento en que los caudales gozan de naturaleza pública. Invoca y aplica correctamente la doctrina de la Sala II, según la cual, no se precisa del efectivo ingreso en las arcas públicas del caudal para que procediera tal calificativo si ha llegado a manos o poder de disposición del funcionario que debe efectuar el ingreso. Lo que jamás puede ser calificado de caudal público, por inadecuación del concepto, son aquellas cantidades que el funcionario legitimado para recibirlas todavía no las ha percibido y sobre las que la Administración podía tener un derecho expectante. Pero esa



expectativa de efectiva posesión nunca puede recaer sobre los fondos de los particulares sobre los que no se ha llevado a cabo desplazamiento patrimonial alguno, aunque estén obligados a hacerlo.

3. Esta Sala entiende que la Audiencia ha aplicado correctamente el derecho. En primer lugar porque el elemento esencial caracterizador del tipo, esto es, la acción o conducta que podía alumbrar el delito consistente en sustraer o consentir que otro sustraiga, implica apoderamiento o apropiación sin ánimo de reintegro. En nuestro caso no es posible identificar una adjudicación en concurso público de unas acciones con una apropiación de las mismas.

Los recurridos sobre esta cuestión han puesto de relieve la modificación o matización de la acusación sobre ellos formulada, que en principio se contraía a los caudales o dineros públicos y ahora el Fiscal ciñe el acto apropiativo a las acciones. Sea lo que fuere lo cierto es que la oferta de Funespaña excluía cualquier aportación de capital del Ayuntamiento de Madrid, según los acuerdos mínimos del Pleno de 28 de julio de 1992 y las acciones vendidas revertirían al Ayuntamiento al extinguirse la duración de la empresa en el año 2016. La sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2006 consideró correcto legalmente el proceso privatizador y de adjudicación de las acciones a Funespaña.

Distinta cuestión es que en el proceso de ejecución de la adjudicación se proponga una compensación, sometida a una condición no cumplida, aprobada por el Ayuntamiento "a posteriori" a la adquisición de las acciones, conforme a la cual el concursante ganador debería abonar una cantidad importante de dinero al Ayuntamiento por los débitos generados por el personal de la Corporación que prestó servicios en la empresa funeraria cuando era de capital municipal íntegramente. Poco tiempo después de la adjudicación en previsión de que las acciones, cuyo valor era ficticio o nominal, tuvieran posteriormente reflejo económico real -y pretendiera repartirse un valor, no ingresado, como beneficios-, el interventor general propuso y así se acordó por la "sociedad mixta", la prohibición de enajenarlas y la constitución de una reserva indisponible.

En definitiva una cosa es "sustraer", es decir, realizar materialmente un acto de disposición del dinero o efectos públicos que el sujeto activo (funcionario público) tenga a su cargo por razón de sus funciones y otra comprar unas acciones y ser adjudicatario por un precio, que dado la no realización de compensación alguna y de la improcedencia de la condonación declarada así por el Tribunal de Cuentas, después de considerar negativo el patrimonio de la sociedad (se pagan 100 pts. por las acciones conforme a la oferta realizada), se declara e impone por dicho Tribunal la obligación de satisfacer el importe, lo que se hizo en los años 1999 a 2005.



Pero obsérvese que el informe vinculante del Tribunal de Cuentas de 28 de enero de 1998, referido a los ejercicios de 1992 y 1993, que tuvo ocasión de analizar el proceso de privatización en los aspectos que le competían, no determina la existencia de perjuicio económico para las arcas municipales ni responsabilidades por alcance, esto es, no condena a la responsabilidad contable de restituir lo sustraído , sino a pagar lo adeudado , que nunca tuvo entrada en el haber municipal y desde luego, aunque ello supusiera un potencial activo para la empresa mixta, hasta que no se hace efectivo no tiene la naturaleza de caudal público. No existe en suma malversación por lucro cesante.

4.Conforme a todo lo dicho, partiendo de los términos reflejados en el relato histórico sentencial, no aparecen los elementos constitutivos de un delito de malversación de caudales atribuida al Sr. Franco , y como cooperadores necesarios el Sr. Miguel y Torcuato , en tanto adjudicatarios del 49% de las acciones de la EMSFM.

Los acusados no realizan materialmente ninguna sustracción de caudales públicos, sino que fueron beneficiarios de una adjudicación realizada con plena legalidad en un concurso publico, y en modo alguno la adquisición de las acciones comportaría la entrega de una importante cantidad de dinero.

Los adjudicatarios condenados por el Tribunal de Cuentas al cumplimiento de una obligación de entregar dinero, atendieron el requerimiento y la entrega fue hecha efectiva en sucesivos años hasta 2005, y en la medida que Funespaña ingresaba o satisfacía la tal deuda, se convertían en caudales públicos las cantidades aportadas, pero no antes.

El motivo ha de rechazarse.

DÉCIMO.- Con igual sustento procesal que los dos motivos anteriores (art. 849-1B0 L.E.Cr .) en **el tercero** de los que formaliza estima inaplicado el delito de falsedad en documento oficial del art. 390.1.1B0, 2B0 y 3B0 y 28-1 del C. Penal de 1995 , atribuido al notario D. Luis Miguel en concepto de autor directo y a Miguel en concepto de inductor (art. 28-b) C.P. del 95).

1.El Fiscal al desarrollar la queja nos dice que en virtud del factum, hecho probado 25B0, fol. 99 a 101, motivación al fol. 142 a 149 y hecho probado 26B0, folio 101, motivación al folio 149 a 152, ha quedado acreditado que el notario Luis Miguel a propuesta de Miguel alteró, en el modelo oficial del impreso normalizado Modelo MCI, creado al efecto por la Subdirección General de Transacciones Exteriores, la fecha de la inversión extranjera sustituyendo la de 8 de febrero del 93



por la de 15 febrero del 98 y el nombre del fedatario público interviniente, D. Jose Ignacio (véase motivación del HP 260 al folio 151), por el propio.

El Fiscal argumenta que la sentencia recurrida, tras una referencia jurisprudencial a la impunidad de la falsedad inocua, absuelve de este delito en el fundamento de derecho 7º -folios 197 a 200- al entender que el impreso oficial alterado tan sólo tenía fines estadísticos y que en el mismo no se modificó lo esencial, es decir, la existencia de la transacción exterior, su cantidad y los sujetos que la llevaron a cabo. También alega que carecía de sanción administrativa el incumplimiento de la obligación de declarar (fo1. 200).

La Fiscalía discrepa de esta tesis al estimar esencial en el documento oficial tanto la fecha como el nombre del fedatario público interviniente. Por otra parte, no es cierto que la normativa administrativa aplicable no imponga sanción por el incumplimiento de la obligación de declarar en el momento en que se realiza la transacción exterior, dado que dicho ocultamiento está sancionado por la Ley 40/1979 de Régimen Jurídico de Control de Cambios. Así, según la Disposición adicional cuarta del RD 671/1992, de 2 de julio , sobre Inversiones extranjeras en España "el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este Real Decreto será constitutivo de infracción a los efectos de lo dispuesto en la Ley 40/1979 de Régimen Jurídico de Control de Cambios ".

2.El planteamiento del motivo parte de una aparente confusión o distorsionada valoración consecuencia de equiparar lo que fue la operación inversora llevada a cabo el 8 de febrero de 1993 de su simple comunicación a los fines estadísticos realizada cinco años después, cuando el acusado Sr. Miguel necesitó cubrir dicho trámite para permitir la cotización en bolsa de las acciones adquiridas.

Referida la falsedad a esta última intervención surgen infinidad de cuestiones que desvirtúan el motivo planteado. En primer término es harto dudoso que el impreso normalizado Modelo MCI. posea carácter de documento oficial conforme a la regulación de la Ley Notarial de 28 de mayo de 1882. Pero aunque se le atribuyera tal carácter, seguiría en pie la duda acerca del valor determinante de la alteración denunciada, dada la doctrina de esta Sala que excluye de la calificación delictiva a los mudamientos de verdad inocuos o intrascendentes para la formalidad del documento. La esenciabilidad del documento fue la operación transaccional y la transferencia al Banco de España. La cumplimentación del impreso normalizado, Modelo MCI, que debía hacerse sin enmiendas ni tachaduras , se había implantado, según testificaron los cualificados funcionarios que acudieron a juicio, con fines informativos o estadísticos, y todos ellos fueron contestes en afirmar



que la posposición de las declaraciones de las transacciones ocurría en muchas ocasiones y que el impreso carecía de casilla para hacer aclaraciones o adicionar datos.

3. Pero todavía más. Para el caso de que reputáramos la comunicación documento oficial, y la no complementación del impreso, añadiendo el notario que lo autorizó y la fecha en que lo hizo, tampoco existiría delito por varias razones.

El Fiscal imputa el cambio del nombre del notario y la fecha de la transacción, cuando ello no es así. En el impreso normalizado exige se haga constar el notario de la comunicación y la fecha en que se comunica y no existe casillero para añadir los otros datos que el Fiscal dice se sustituyeron. De las pruebas habidas, fundamentalmente de la testifical, quedó sobradamente probado y así lo entiende la Audiencia (no es posible ahora sustituir la personal apreciación probatoria por la del Tribunal de casación), que el acusado comprobó previamente la existencia de la operación y de la transferencia al Banco de España. Así pues, aunque no exista espacio alguno en el formulario para hacer más indicaciones, éstas se comprobaron y eran existentes y ciertas. También se aseguraron de que podía efectuarse tal comunicación 5 años después. En suma no existe, si nos atenemos a los hechos probados (ap.26), ninguna alteración, ni simulación se ha efectuado, ni se ha supuesto en un acto la intervención de personas que no la haya tenido, ni se falta a la verdad en la narración de los hechos. Por otro lado, la discrepancia acerca de la sancionabilidad administrativa de la omisión de declarar, resulta irrelevante, ya que en todo caso la imposición de la sanción no recaería sobre los acusados, sino sobre el vendedor de las acciones Sr. Roman o del notario que intervino en la transacción el 8 de febrero de 1993, D. Jose Ignacio .

En conclusión, no desprendiéndose del factum la comisión de delito alguno de falsedad, el motivo debe decaer por faltar la base fáctica en que el Fiscal apoya el reproche casacional (alteración del documento), cuando en realidad nada de lo que consta en él está alterado, ni la firma ni la fecha ni la hora ni la diligencia de registro de tal inversión. La comunicación posterior hecha por otro notario, era usual, según declararon los cualificados testigos de la Subdirección General de Transacciones Exteriores y tampoco era procedente adicionar casillas en un impreso que no debía ser enmendado al objeto de hacer aclaraciones o adiciones.

El motivo no puede prosperar.

DÉCIMO PRIMERO.- El **cuarto de los motivos** lo residencia en el art. 849-2 L.E.Cr ., por infracción de ley en su modalidad de "error facti", denunciando la equivocación del Tribunal de instancia derivada de los documentos que invoca.



En su formulación el Fiscal añade que esta queja esta interrelacionada con la quinta, de modo que si se admite el error de hecho en la valoración de la prueba en orden a la falsificación de documentos mercantiles que se postula, conforme al art. 849-2 L.E.Cr ., deberá también estimarse la infracción de ley del art. 849-1º por inaplicación indebida de los delitos de falsificación continuada en documento mercantil de los arts. 303 y 69 bis CP. 73 (art. 392 y 74 CP. 95) en concurso medial con cuatro delitos contra la Hacienda Pública de los arts. 349.1 CP. 73 y 305 CP. 95).

1. Como documentos susceptibles por sí mismos de alterar el factum cita las facturas presentadas por las sociedades Itcon B.V., Agysin Holding, La Previsora Almeriense S.A., Infavi S.A., Astaldo S.L. e Iaf S.L., a las que se refieren los hechos probados (27 -fol. 101-; 28 -fol. 102- y 29 -fol. 102 a 104-) postulándose una nueva redacción de los mismos que recoja estas falsificaciones y su relevancia para la determinación de una cuota defraudada superior al límite legal del delito fiscal referente a los ejercicios 94 a 97 del impuesto de sociedades de la empresa Funespaña S.L., indicando que de los gastos reflejados los no deducibles correspondientes al canon de gestión de la EMSFMSA ya de por sí acreditan la defraudación tributaria de las declaraciones del impuesto de sociedades correspondientes a los ejercicios 94 a 97 de Funespaña S.L., pues aplicando a dichas cantidades el tipo impositivo legal de ese impuesto, el 33 %, ya se supera el límite legal de la cuota defraudada establecida en el tipo penal (120.000 euros) al objeto de justificar la infracción de ley por inaplicación indebida de los delitos de falsificación continuada de documentos mercantiles y de cuatro delitos contra la Hacienda Publica.

2. El Fiscal propone que los hechos probados 28 y 29 de la sentencia queden redactados del siguiente modo: "Así, en la declaración correspondiente al ejercicio de 1994, presentada el 04/04/1995, hicieron constar como supuestos gastos de gestión de Funespaña un total de 534.784.367 pesetas, sirviéndose a tal fin principalmente de ese mecanismo contractual ideado en relación con las mencionadas sociedades Astaldo e Iaf, aunque también añadieron ciertas cantidades facturadas, igualmente sin contraprestación real alguna, por La Previsora Almeriense, S.A. controlada por Torcuato y por Itcon, Agysin Holding e Invafi S.A. controladas por Miguel . Como consecuencia de la contabilización de esos gastos supuestos la cuota del impuesto se redujo en 187.293.225 pesetas (1.125.654,95 euros) que Funespaña dejó de ingresar a la Hacienda Publica. Mediante el mismo sistema, pero ya valiéndose tan sólo de Astaldo e Iaf, a las que se atribuyeron por mitad los supuestos <gastos de gestión>, Funespaña redujo la base imponible del impuesto de sociedades correspondiente:



- al ejercicio de 1995, según declaración presentada el 09/07/1996, en 534.856.986 pts. con lo que dejó de ingresar 137.166.059 pts. (824.384,62 euros) en concepto de cuota.
- al de 1996, en la cantidad de 510.230.069 pts. por lo que en virtud de la declaración presentada el 10/07/1997, dejó de abonar a la Hacienda Pública 175.885.241 pts (1.057.091,59 euros).
- al ejercicio de 1997 en 618.181.822 pts. según la declaración presentada el 20/07/1998, lo que determinó una reducción de la cuota de 201.111.109 pts. (1.208.702,11 euros) que igualmente dejó de pagar.

3. En esencia, de todo cuanto llevamos expuesto el Fiscal residencia el motivo en los siguientes fundamentales argumentos:

a) La sentencia reconoce (hecho probado 28, fo1. 101) que existen documentos que se elaboraron para ser presentados en el ejercicio fiscal de 1993, de manera que reconoce la comisión de un delito continuado de falsedad aunque lo declara prescrito, así como el que se pudo cometer con tales documentos contra la Hacienda Pública del ejercicio de 1993 (Fud. de derecho 4B0, folio 185 a 189).

Pues bien, tal prescripción la asume el Fiscal en el recurso, pero añade que en relación a las facturas presentadas en los ejercicios 1994 a 1997, debió estimarse la misma falsedad, cosa que la sentencia no hace. Ello proviene de la explícita manifestación sentencial (pag. 189 y 190) de que "existen dudas sobre la realidad íntegra de los conceptos facturados en los susodichos periodos (1994 a 1997) a nombre de Itcon B.V., Agysin Holding, La Previsora Almeriense, S.L., Invafi S.L., Astaldo S.L. e Iaf, S.L., que impiden, por un lado, determinar qué cuantía de ellas obedecía a prestación real de servicios y cuál al reparto de beneficios y, por ende, si las mismas eran íntegra o parcialmente falsas".

Previamente a las páginas 158 y 159 de la sentencia ya había señalado "que no se ha practicado prueba suficiente que permita deslindar en las facturas si fueron confeccionadas íntegramente o simplemente no reflejan la total verdad de la relación jurídica".

El Fiscal en atención a tales afirmaciones de la Audiencia concluye que la "duda no la tiene el tribunal con relación a si las facturas son falsas o no, sino con relación a si son total o parcialmente falsas, lo que conlleva necesariamente la falsedad y, por tanto, debió recaer una condena, que no se ha producido. En particular, y en relación con Itcon BV., concluye el Fiscal que si el contrato de 1993 con Funespaña S.L. era simulado y las facturas emitidas en 1993 eran falsas, una cuarta



factura, creada en el año 1994, debería adolecer de la misma falsedad y considerar delito continuado el referido a las facturas de esos dos años.

b) El segundo argumento en que apoya el motivo el Fiscal, tratando de evitar una presunta prescripción, venía a afirmar que si la factura de 1994 se presentó en relación al impuesto sobre sociedades del ejercicio de 1994, el día del inicio del plazo prescriptivo del delito continuado de falsedad sería el 25 de junio de 1995, que es el momento límite de declaración del "impuesto de sociedades". Si la querrela que dio origen a la incoación de la presente causa se presenta el 16 de septiembre de 1999, todavía no habrían transcurrido 5 años para la prescripción.

c) Respecto a las demás facturas correspondientes a las restantes sociedades de 1994 a 1997 y si se quiere de 1998 (Iaf, S.L.: factura 16 de marzo de 1998) deben reputarse falsas, pues si la sentencia excluye como gastos deducibles los derivados de la gestión de la E.M.S.F.M., también a continuación dice que sólo la existencia de esa actividad relacionada con la actividad económica productiva de Funespaña es la que introduce dudas en el tribunal sobre la realidad de parte de los servicios facturados (pag. 158 sentencia).

De este modo -sigue insistiendo el Fiscal- la sentencia realiza una diferenciación entre cantidades que, suponiendo un reparto de beneficios, se presentaron como gastos aunque no lo fueron en realidad y, por consiguiente, no eran deducibles; y aquellas cantidades que sí fueron gastos reales por responder a la actividad propia de Funespaña S.A. y que, por tanto, no tenía que pagar.

4. Lo primero que se echa de ver en el presente motivo es que el recurrente extravasa y ensancha los límites impugnativos que el cauce casacional elegido permite, intercalando cuestiones materiales o de fondo y desde luego llevando a cabo valoraciones probatorias proscritas a las partes y extrañas a la naturaleza del motivo. En cualquier caso trataremos de analizar las esenciales cuestiones planteadas.

La interpretación que hace el Fiscal acerca de la duda de si las facturas de 1994 hasta 1997, son total o parcialmente falsas, pero en todo caso falsas, no se corresponde con el contexto y las consecuencias que la sentencia obtiene de tal afirmación, que admite un sentido más acorde con las consecuencias absolutorias de la misma. No puede afirmarse que la Sala de instancia no tenía duda acerca de la falsedad de las facturas, ya que la duda sólo se cernía si eran total o parcialmente falsas, por cuanto el tribunal añade que no se ha desplegado prueba suficiente para determinar si las facturas son o no auténticas en todo o en parte. El Tribunal razonó en otros pasajes, sentando aseveraciones y valoraciones que permiten afirmar que los trabajos reflejados



en las referidas facturas son reales y han sido documentados en la causa. La sentencia afirma (pags. 154, 158, 162, 189 y 189) que, a diferencia de lo sucedido en 1993 Funespaña emprendió, a partir de 1994, una intensa actividad de crecimiento que necesitó del concurso de terceros profesionales.

Un paso más y surgen pruebas contradictorias que acreditarían otra cosa en contraposición con la tesis interpretativa del Fiscal. En este sentido el tribunal contó:

a) con varias cajas de documentos que obran en pieza separada, los cuales reflejaban (independientemente de la credibilidad que puedan merecer al Tribunal) infinidad de servicios llevados a cabo por las sociedades emisoras de las facturas en interés de la propia Funespaña.

b) la mencionada documentación fue analizada por peritos y pudo examinarla el tribunal sentenciador. Entre los peritos figuran la perito adscrita a la Fiscalía Anticorrupción, Sra. Elisenda , la perito judicial Sra. Irene y los peritos Sres. Casiano y Genaro .

c) los testigos a los que la sentencia se refiere (pag. 160 in fine), tales como Patricio , Alexander , Conrado , Manuela y Raimunda .

d) también recuerda la sentencia (pag. 163) que en el acto del juicio declararan como testigos cinco funcionarios de la oficina tributaria, que realizaron comprobaciones de las declaraciones del impuesto de sociedades de las dos compañías que, en los ejercicios de 1994 a 1997, mayores servicios facturaron a Funespaña (Iaf S.L. y Astaldo S.L.), cuya intervención culminó con actos de comprobación y conforme, al estimar correctas las cuotas declaradas por ambas sociedades.

5. Existe una razón de fondo, que quizás no quepa dentro de un motivo de estas características, pero que hace inútil cualquier alteración factual al objeto de calificar de falsas las facturas discutidas, pues aun admitiendo que lo fueran, el delito de falsedad que se imputa habría prescrito por muy diversas razones.

La fundamental es la fijación del plazo de prescripción, al no haber previsto el efecto de la retroactividad de la ley penal intermedia más favorable, establecido en el art. 2.2 C.Penal , circunstancia que operaría en el caso de las facturas de Itcon de 1994 y respecto a las demás, que responden a fechas de 1994, 1995, 1996, 1997 y una correspondiente a 1998, en continuidad delictiva, tomando como referente el momento de interrupción de la prescripción (art. 132 C.P.), sea cual fuere la interpretación que se de a la expresión "dirigir el procedimiento contra el culpable". La retroactividad de la Ley penal intermedia ha sido admitida por esta Sala (cfr. SSTS.



nB0 140 de 8 de febrero de 2002 y la nº 692 de 4 de noviembre de 2008), en la última de las cuales se exponía exactamente un caso idéntico al actual, lo que hace aconsejable recordar lo sentado en aquel momento. Nos dice la sentencia 692/08, en su fundamento 15B0, apartado 2:

"La sentencia de instancia y el Mº Fiscal consideran preciso comparar la legalidad de entonces y la vigente para determinar cuál sería el término prescriptivo más favorable tomando en consideración de forma íntegra la legislación que proceda, como impone la disposición transitoria 2ª del C. Penal de 1995 , que nos dice: *"Para la determinación de cual sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno y otro Código"*.

Así, conforme al art. 303 en relación al 302 del C. Penal de 1973 la pena señalada para el delito de falsedad documental mercantil cometida por un particular era de prisión menor y multa, permitiendo el art. 69 bis, por razón de la continuidad delictiva, imponer la pena hasta el grado medio de la superior en grado, es decir, podía alcanzar hasta los 10 años de prisión mayor. Pues bien, conforme al art. 113 entonces vigente los delitos cuya pena excede de 6 años, como es el caso, prescriben a los 10 años.

Conforme al nuevo Código, el art. 392 en relación al 390-2 castiga ese mismo delito de falsedad documental cometido por particulares con la pena de seis meses a tres años de prisión y multa de seis a doce meses. Por tratarse de la figura del delito continuado la pena (art. 74 C.P .) sería la prevista para la mas grave de las infracciones aglutinadas, en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, es decir, más de tres años de prisión, que conforme al art. 131 en la actualidad vigente, posee un plazo de prescripción de cinco años . Nos dice dicho precepto "a los cinco cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco ". La previsión normativa del art. 74, rige desde la Ley Orgánica 15/2003 .

Sin embargo, algo que no contempla la sentencia recaída ni el Mº Fiscal es que entre uno y otro bloque normativo existió una legalidad "intermedia" diferente y más favorable al reo. En efecto, desde el Código de 1995 (entrada en vigor el 25-mayo-96) el art. 74 C.P . preveía en casos de continuidad delictiva la pena del delito más grave en su mitad superior. En la hipótesis concernida sería de 1 año y 9 meses a 3 años de prisión, hasta que fue reformado por la Ley Orgánica nº 15 de 25 noviembre de 2003, que entró en vigor el 1 de octubre del año siguiente 2004. Consiguientemente, si el límite máximo de la continuidad delictiva en la falsedad documental a que



nos referimos no tenía prevista una pena superior de 3 años, el art. 131 C.P. vigente también hasta el 30 de septiembre de 2004 , establecía un término de prescripción de 3 años para los delitos menos graves. Los delitos menos graves eran los que no se hallaban penados con pena superior a 3 años, según rezaba el art. 13, en relación al 33.2 a) y 33.3 a., vigente a la sazón, régimen jurídico que se prolongó hasta el 1 de octubre de 2004.

Así pues, existió una ley intermedia, que establecía el término de prescripción a los 3 años".

6. En base a tal doctrina el término prescriptivo sería de tres años, lo que determinaría la prescripción de la factura de Itcon, aunque se considerara en continuidad delictiva con otras de 1993. Lo que no resulta aceptable, en aras a la fijación del momento a partir del cual se tiene por cometido el delito, es reputar desplegada la conducta delictiva falsaria en el momento de presentar la factura a Hacienda, ya que la consumación del delito de falsedad se produce en el momento en que la factura fue confeccionada y se incorpora a la contabilidad de la empresa, estando desde entonces en disposición de surtir los efectos que le son propios en el mundo jurídico comercial en el que había ingresado. La falsedad se consume con la misma simulación del documento al margen de logro efectivo del propósito último perseguido, que pertenece a la fase de agotamiento del delito.

Pero es más, el Ministerio Público nunca ha ejercitado acciones penales por delito de falsedad contra los acusados por la pretendida inautenticidad de las facturas a que se refiere, hasta el momento de formular su acusación definitiva en el acto del juicio oral, lo que se produjo el 8 de noviembre de 2007, habiendo transcurrido con exceso, el plazo de prescripción de tres años previsto en el artículo 131.1 del Código Penal para estos supuestos, pues nunca antes el procedimiento se dirigió contra los presuntos culpables por un supuesto delito de falsedad en documento mercantil.

Esta Sala, valiéndose de la autorización que le procura el art. 899 de la L.E.Cr ., comprueba que en el escrito de acusación provisional el Ministerio Público considera a los acusados autores de cuatro delitos contra la Hacienda Pública, sin imputarles delito de falsedad alguno (cfr. tomo XXVIII, folios 9997 y 9998), acusación que surge, insistimos, en el escrito de acusación definitiva de 8 de noviembre de 2007, más de diez años después de la fecha de la última de las facturas a que se refiere el recurrente para tacharlas de falaces, facturas, todas ellas, que se encontraban incorporadas a las actuaciones desde el mismo momento de su incoación y eran perfectamente conocidas por el Ministerio Público. Además no se acredita que en momento alguno prestaran los



querellados declaración en las diligencias de investigación por tal delito, ni fueran citados en su condición de imputados por el mismo.

7. Por último, tampoco las facturas que se citan como documento poseen la literosuficiencia exigida, en cuanto por sí mismas no son capaces de acreditar su autenticidad o inautenticidad si no se acude a otras pruebas o a efectuar valoraciones o apreciaciones valorativas sobre las mismas.

Tampoco es posible olvidar que las facturas fueron ya tenidas en cuenta por el Tribunal y objeto de valoración y no se trata en un motivo de esta naturaleza de debatir entre las posibles valoraciones de unos determinados medios probatorios, sino de constatar el error evidente e indiscutible del factum de la resolución de instancia frente a unos documentos que no admiten más que una única interpretación.

Por todo ello el motivo debe rechazarse.

DÉCIMO SEGUNDO.- En el **motivo quinto**, último de los que plantea el Fiscal, se expresa así: "Tras el cambio de hechos probados admitiendo la falsificación de las facturas y su relevancia en orden a la determinación de la base imponible del impuesto de Sociedades de Funespaña S.L. de los ejercicios 94 a 97, no computándose como gastos deducibles los invocados como canon de gestión de EMSFMSA en las facturas falsas giradas a Funespaña S.L. por las sociedades referidas, se acude al motivo de infracción de ley del art. 849.1 B0 LECr. debido a la inaplicación indebida de cuatro delitos fiscales, ejercicios 1994 a 19097.

1. Al desarrollar el motivo rechaza la conclusión fáctica de la sentencia (hecho probado vigésimo noveno) que habida cuenta de la confusión creada entre los gastos reales y los ficticios *"no han quedado deslindadas en juicio qué sumas de las cantidades totales deducidas para cada ejercicio pueda ser imputadas exclusivamente a reparto de beneficios, y, por ende, a cuánto ascendió la cuantía de la cuota defraudada"* (pag. 104 de la sentencia).

El Fiscal estima que la falta de coherencia vendría determinada porque la sentencia acepta el ánimo defraudador, acepta la existencia de una serie de gastos como no deducibles (los correspondientes al canon de gestión) cuya cuantificación supera con creces el límite penal, pero no aprecia la existencia de los delitos contra la Hacienda Pública porque, dice, la Fiscalía no ha acreditado qué gastos eran reales y cuáles eran ficticios (prueba diabólica). Se considera, pues, arbitraria esta conclusión sentencial una vez acreditados los dos primeros extremos por la Fiscalía



(única acusación respecto de estos delitos dado que la Agencia Tributaria no se personó en momento alguno en la causa).

A continuación hace referencia a la regulación de la materia, citando la Ley General Tributaria a la sazón vigente (L. 230/1969 de 28 de diciembre) sustituida por la actual (L. 58/2003 de 17 de diciembre) y en el concreto ámbito del impuesto de sociedades la Ley 61/1978 de 27 de diciembre y Real-Decreto 2.631/1982 de 15 de octubre que establece su Reglamento. Como partidas deducibles el art. 13 de la Ley comprende los "gastos necesarios, siéndolo los precisos para la obtención de los rendimientos íntegros". Hace notar que los acusados no acreditaron hallarse ante unos gastos necesarios para la obtención de ingresos, contabilizados, efectivos y justificados .

2.Los recurridos destacan como deficiencia del motivo la ausencia de cita del precepto sustantivo que se considera inaplicado o aplicado indebidamente. Es cierto, pero constituye cuestión baladí, ya que el Fiscal establece el "*nomen iuris*" de los delitos por los que los acusados debieron ser condenados: cuatro delitos contra la Hacienda Publica, lo que nos esta indicando que los preceptos inaplicados fueron el art. 305 del vigente Código Penal (Ley más favorable al acusado) en relación al art. 349 del derogado Código de 1973 .

Es justo destacar un dato que el propio Fiscal apuntó y es la ausencia del Abogado del Estado, si entendió la Administración Tributaria que se había cometido un delito de esta naturaleza. Sin embargo el dato es simplemente anecdótico. Quizás en el plano de las consideraciones formales lo decisivo aparece en el condicionamiento que el propio Fiscal establece en el enunciado del motivo, como también hizo al formular el precedente número 4B0. Entonces dijo que la modificación fáctica del relato probatorio era un "*prius*" insoslayable para estimar el motivo 5B0, que ahora formula, el cual se asienta en la hipótesis de que el motivo 4B0 se estimara.

Esta sola circunstancia daría al traste con la pretensión ejercitada.

3.No obstante en aras a agotar los aspectos impugnativos expuestos en la queja, podemos llevar a cabo a continuación diversas consideraciones.

En principio es cierto que la sentencia sostiene que "la desviación de lo percibido por Funespaña S.L. por su gestión de la EMSFMSA tuvo también como finalidad defraudar a la Hacienda Publica, pues, a sabiendas de que esas cantidades obedecían al reparto de beneficios, se declararon como gasto deducible" lo que produjo un perjuicio a Hacienda de 47.978.377 pesetas. Pues bien, tales



afirmaciones se realizan respecto del ejercicio de 1993, penalmente prescrito y es, por ello, ajena al objeto del recurso.

Respecto de los ejercicios fiscales de 1994 a 1997, que son los afectados por el presente motivo, la resolución discutida por el Ministerio Fiscal sienta las siguientes afirmaciones:

a) Ciertos socios de Funespaña se sirvieron de determinadas sociedades, que facturaron servicios a Funespaña para "desviar las liquidaciones percibidas por esta sociedad como canon de gestión".

b) Ahora bien, a diferencia de lo que la sentencia establece como probado que sucedió en el ejercicio de 1993, en los sucesivos ejercicios sostiene que: ... no obstante, afirmándose que tales cantidades se desviaron a través de las entidades citadas con el propósito de repartir el beneficio obtenido de la EMSFM no ha podido determinarse en juicio con la certeza necesaria que todas las cantidades percibidas fueran objeto de defraudación, pues, a diferencia de los supuestos anteriores (es decir, a diferencia de lo ocurrido, según la sentencia en 1993) sí ha quedado acreditado en autos que Funespaña durante 1994 y siguientes realizó actividad propia desarrollando proyectos, como el contrato con el Grupo Cicerón, el contrato de gestión y de opción de compra con el cementerio Jardín de Alcalá de Henares, existieron proyectos en Kiev y en Budapest, etc. (véase pag. 157 y 158 de la sentencia).

Consecuentemente, el respeto a los hechos probados permite sostener que parte de los gastos fiscales de Funespaña correspondientes a los ejercicios de 1994 a 1997 no tenían carácter deducible, sin que, por otro lado, este importe haya quedado determinado, lo que imposibilita precisar si excede la frontera de 120.000 euros que separa el delito fiscal de la infracción administrativa.

4.La naturaleza del motivo (corriente infracción de ley) obliga a ceñirnos al hecho probado, en los términos en que se expresa la sentencia, ya que los acusados, a quienes asiste el derecho a faltar a la verdad y no autoinculparse, han cumplido con aportar al proceso las probanzas exculpatorias a que acabamos de hacer referencia, que la Sala valoró en conciencia y que en este trance procesal no podemos contrariar, en tanto las conclusiones alcanzadas no fueran arbitrarias o irracionales.

Como refuerzo argumentativo añadido no podemos pasar por alto que al acto del juicio oral comparecieron hasta cinco inspectores de Hacienda que corroboraron la aceptación y conforme de las inspecciones y respectivas actas levantadas al efecto, como expresa y desarrolla la sentencia



combatida en la pagina 158 para La Previsora Almeriense e Infavi S.A. y en la página 163 para Astaldo S.L. e Iaf S.L.

En atención a todo lo explicitado el motivo debe desestimarse.

Recurso de Sagrario en nombre del PSOE.

DÉCIMO TERCERO.- En el **primer motivo** y al amparo del art. 849-1º L.E.Cr ., la recurrente considera inaplicado, cuando debió serlo, el art. 358 del C.Penal de 1973 , interesando la condena al Sr. Miguel como inductor de un delito de prevaricación cometido por el Sr. Franco .

1.La sentencia recurrida reputa a D. Franco autor de un delito de prevaricación, y en ella se sostiene que D. Miguel , desde su privilegiada posición en todo el proceso de privatización parcial de la "empresa mixta", como asesor directo del Sr. Franco , le indujo a cometer tal delito y que por ello debió ser también sancionado.

La condena impuesta al primer Teniente de Alcalde era consecuencia de las dos arbitrarias propuestas hechas al Pleno, una sobre aprobación de la adjudicación del concurso a Funespaña sin cumplir con las advertencias de los técnicos, relativas a la necesidad de calcular el patrimonio neto de la empresa municipal y otra la propuesta y aprobación por el Pleno de la compensación (condonación) de la deuda que tenía la empresa funeraria con el Ayuntamiento *"a sabiendas de que tal condonación efectuada en este momento, como reiteradamente habían informando los órganos técnicos, sólo beneficiaba al adjudicatario y por ende, perjudicaba al interés público"* (pag. 177 sentencia).

La recurrente a partir de ahí extrae del contexto sentencial una serie de fragmentos, aspectos y consideraciones, de las que quiere deducir la influencia decisiva que tuvo el acusado Sr. Miguel en las propuestas prevaricadoras del Sr. Franco . A este respecto desgrana nueve puntos, sobre los cuales podría construirse una participación inductiva.

Constituye un hecho a tener en cuenta -según la parte recurrente- que el tribunal sentenciador considera cometido un delito de trafico de influencias aunque ya prescrito, cuyo autor sería el Sr. Miguel por *"su asesoramiento permanente a D. Franco al que convenció además de la necesidad de adjudicar el concurso, alegando que la entidad en otro caso debería declarar la quiebra"* (pag. 183 ap. 2 de la sentencia). La recurrente sigue argumentando que la posición de fuerza el Sr. Miguel la derivaba del carácter de asesor y de su relación personal con el Sr. Franco , a través de cuya



influencia ejercida sobre éste consiguió *"la firma del contrato de adjudicación por precio irreal y la condonación de la deuda con posterioridad a la adjudicación"* (pag. 184 de la sentencia).

Concluye a continuación que el Sr. Miguel movido por los intereses crematísticos que tenía en Funespaña , indujo desde su posición de asesor directo y privilegiado del Sr. Franco , autor de la prevaricación, a que se procediera a la adjudicación de las acciones y condonación de la deuda (ex post facto) tras la adjudicación del concurso a Funespaña y no con anterioridad.

2. Antes de analizar esta detallada protesta, hemos de remitirnos a lo ya dicho respecto al Mº Fiscal, que articulaba un motivo de idéntica naturaleza con la única diferencia de que el Fiscal consideraba al acusado cooperador necesario de la prevaricación y el presente motivo lo reputa "inductor" del mismo delito. Ello hace que el recurso del Mº Fiscal venga a desvirtuar en su página 12 un aspecto de la protesta formulada por el Partido Socialista, en cuanto ciñéndonos a los términos de la sentencia habría que excluir la actividad prevaricadora del Sr. Franco y por consiguiente la cooperación e inducción del Sr. Miguel en el aspecto de la adjudicación del concurso el 22 de diciembre de 1992 que fue regular, limitándose la actuación prevaricadora a la "celebración del contrato de adjudicación y a la condonación de la deuda; suma que posteriormente ha sido satisfecha, como se ha declarado probado".

La sentencia, en efecto, es contundente en cuanto el acto de selección de Funespaña como adjudicataria. Así nos lo expresa la combatida en la pag. 175: *".. Nada se ha probado que indicara que la oferta elegida no se ajustara a los pliegos rectores del concurso, redactados por los técnicos de la Concejalía de Patrimonio, sin otras instrucciones que las cursadas por la Dirección de Servicios Jurídicos y Control de Empresas"* , y añade " . . . ningún estudio comparativo de las tres ofertas se realizó en juicio que permita concluir que no se trataba de la proposición mas ventajosa" , refiriéndose a la de Funespaña. La misma sentencia en el fundamento segundo (pag. 182) nos dice: *"La presentación de la oferta era legítima y había sido efectuada en condiciones de libre competencia, con publicidad, al haberse presentado en función del concurso convocado; las proposiciones introducidas en ella en cuanto al precio pudieron haber sido llevadas a efecto y el asesoramiento prestado por el Sr. Miguel era superfluo a los efectos de la legalidad del procedimiento administrativo" .*

Remontándonos a sus antecedentes, la decisión del proceso privatizador se adoptó en el Pleno de 28 de julio de 1992. El hecho 4B0 de la sentencia (pag. 60) nos refiere: *"que a través de la Secretaría General del Ayuntamiento se interesó informe del Jefe del Departamento de Sanidad y*



Consumo sobre distintas actuaciones relativas a la empresa municipal, sobre las que el mismo respondió el 8 de julio de 1992 Consecuentemente el proceso privatizador fue asumido por el equipo de gobierno que consideró (véase pag. 69 de la sentencia) que dicha Empresa Municipal se hallaba en quiebra técnica y sin que en la adjudicación se tuvieran en cuenta otras instrucciones que las cursadas por la Dirección de Servicios Jurídicos y Control de Empresas "

A todo ello debe añadirse que la S.T.S. de la Sala III de 20 de mayo de 2006 , estima plenamente regular el proceso privatizador, así como la adjudicación realizada, confirmando el hecho probado nB0 17 que *"quien informó la propuesta de adjudicación, además del Jefe del Departamento de Sanidad y Consumo, fue el Jefe de Patrimonio a fecha 10 de diciembre de 1992, el Interventor General el 14 de diciembre de ese año y la decisión de proponer la adjudicación la Comisión Informativa de Régimen Interior y Personal de Sanidad y Consumo el 15 de diciembre de ese año"* (pag. 88 a 90 de la sentencia).

3.Limitada la prevaricación a la compensación (realmente condonación de la deuda de la empresa municipal con el Ayuntamiento), hemos de examinar cualquier posibilidad de constreñimiento, presión o condicionamiento decisivo y determinante ejecutado por el Sr. Miguel que mediatizara la decisión del Ayuntamiento, a iniciativa del Sr. Franco , en la que se acuerda condonar la deuda referida. Antes de ello resulta apropiado referir los requisitos de la modalidad ejecutiva de la inducción como asimilada a la autoría, según viene exigiendo nuestra jurisprudencia.

En efecto, como requisitos de la inducción se señalan:

- a) Que la influencia del inductor ha de incidir sobre alguien que previamente no está decidido a cometer la infracción.
- b) Que la incitación ha de ser intensa y adecuada, de forma que motive suficientemente al inducido a la perpetración del hecho deseado.
- c) Que se determine a un ejecutor determinado y a la comisión de un delito concreto.
- d) Que el inducido realice, efectivamente, el tipo delictivo a que ha sido incitado.
- e) Que el inductor haya actuado con la doble intención de provocar la decisión criminal y de que el crimen efectivamente se ejecute (STS 5-5-88).

4.Pasando a analizar las más relevantes cuestiones de las nueve específicamente planteadas por la recurrente en su escrito impugnatorio (algunas son inocuas) podemos afirmar lo siguiente:



a) Acerca de que el Sr. Miguel se convirtió en asesor directo del primer Teniente de Alcalde en el proceso de privatización hasta la adjudicación del concurso, ya dijimos que los técnicos que informaron las propuestas de adjudicación a los Sres. Franco , Marco Antonio y Juan María , no conocían al Sr. Miguel ni recibieron ninguna indicación por parte de ningún tercero para que emitiesen su informe en uno u otro sentido.

b) La afirmación de que el Sr. Miguel informó sobre las ofertas presentadas, transmitiendo su particular y sesgada opinión sobre la situación económica de EMSFM. prescinde del hecho probado 5B0 (pag. 65), que nos dice: *"Tras el correspondiente análisis, en el curso de ese Pleno, cada Grupo Municipal presentó sus propuestas para solventar la situación de crisis económica de la Empresa Mixta a la que todos califican de técnicamente en quiebra financiera".*

Dicha situación la reconoció el Tribunal de Cuentas que admitió la existencia de un neto patrimonial negativo en 106 millones de pesetas, dejando aparte la cuestión de la deuda compensada (condonada) respecto a la cual impuso la obligación de pagar, lo que se hizo durante los años 1999 a 2005. En cualquier caso la recurrente insiste en que el proceso de adjudicación fue regular y sin presiones.

c) Se dice igualmente que el Sr. Miguel fue participe directo junto a Roman de la redacción de la oferta pretendida por Funespaña. Sin descartar la existencia de alguna indicación o asesoramiento más o menos presionante es necesario acudir a los testimonios de Juan Ramón (declaración del pleno), Roman y Torcuato , que se atribuyen su redacción, testimonios a los que el Tribunal de instancia dio credibilidad.

d) También se atribuye por el recurrente al Sr. Miguel haber informado sobre las ofertas presentadas asegurándose de que el concurso fuese adjudicado a Funespaña, al transmitir a los Concejales su particular y sesgada opinión sobre la situación de la empresa mixta.

Sobre este extremo hemos de reparar que el informe emitido para la EMSFM e1 22 de diciembre no pudo surtir efecto, cuando la propuesta de adjudicación ya se había decidido y votado el 15 de diciembre de 1992, es decir, 7 días antes, y se hizo sobre la base, además, del informe del Jefe de Sanidad y Consumo, el del Jefe del Departamento de Patrimonio de 10-diciembre-1992) y el del Interventor General de 14-diciembre de 1992.

Otra cosa es que aparte de ese informe escrito, el acusado Sr. Miguel ilustrara y aconsejara tendenciosamente al Sr. Franco sobre la conveniencia de compensar (condonación) la deuda de la



empresa frente al Ayuntamiento como se solicitaba en la oferta del concurso, con el efecto de ser definitivamente condonada, aunque luego no se ejecutara el acuerdo.

e) Por último también se alude como dato revelador de la inducción al informe favorable a la propuesta de 19 de enero de 1993 para el Pleno que se celebró el 26 de febrero de dicho año.

No obstante el informe no iba dirigido al Sr. Franco o a la Concejalía que ostentaba ni sobre la propuesta hecha por aquél el 28 de enero de 1992. Además el informe de fecha 28 de enero que se hace para la "empresa mixta", al parecer afectaba a aspectos administrativos o relativos a la concesión de cementerios, y en cualquier caso si fue del 28 de enero, fue posterior en 9 días a la propuesta hecha por Franco el 19 de enero.

5. De todo cuanto llevamos dicho resulta patente que la actividad que pudo desarrollar el acusado Sr. Miguel sobre la empresa mixta o incluso sobre el Sr. Franco no fue decisiva ni mucho menos determinante para que aquél adoptara una decisión, sin excluir una influencia en la toma de la decisión, que originó el reconocimiento por parte de la Audiencia de la comisión de un delito de tráfico de influencias.

La parte recurrente entresaca y descontextualiza algún pasaje del factum o alguna consideración hecha en la motivación de los hechos o fundamentación jurídica, que puesta en conjunta consideración con la sentencia como un todo, *no prueba la existencia de una presión o condicionante adecuado de la suficiente intensidad o eficacia que pueda calificarse de inducción. Ahora bien*, ello no quita que, remedando lo dicho en el equivalente motivo articulado por el Fiscal, *se le reconozca a la actividad desplegada por el acusado Sr. Miguel una incidencia causal secundaria en la prevaricación cometida*. Ello se desprende de la propia dinámica de los hechos probados en los que e *l comportamiento del Sr. Miguel , como asesor personal y directo del primer teniente de alcalde, se desarrolla en una dirección abiertamente favorable a sus intereses personales tratando de condicionar la decisión del Sr. Franco .*

Cierto que no fue decisiva, pero sí coadyuvante de la prevaricación cometida y ello no sólo se puede colegir de un factum que apunta a esta actividad instigadora, sino que además la Sala de instancia con su insustituible inmediatez ha entendido que concurre un delito de tráfico de influencias , cuya conducta nuclear típica es "influir" para que el funcionario público o autoridad que debe decidir lo haga en el sentido que al sujeto agente beneficia económicamente. Los problemas surgieron en orden a la existencia de un concurso de normas o de delitos, habida cuenta de la superposición (total o parcial) de comportamientos típicos, en tanto una misma conducta



criminal origina dos delitos, en uno de los cuales (tráfico de influencias) incluye en su descripción típica como objetivo el de obtener una resolución del funcionario o autoridad consecuencia de la influencia del autor del hecho. Mas, dicho tema deberá ser objeto de especial consideración en el motivo 3º de este recurso. De momento baste decir que el reproche casacional se estima parcialmente en el entendimiento de que no existió inducción, pero sí complicidad, forma menor de la autoría, estimación que no afectará al principio acusatorio; pero aunque las partes afectadas adujeran déficits defensivos por no interesar el recurrente de modo subsidiario tal petición, la misma se halla en una degradación lógica de lo solicitado y además la estimación del motivo primero del Fiscal haría inútil cualquier obstáculo procesal proveniente del principio acusatorio o de congruencia.

El Sr. Miguel no llevó a cabo una aportación causal de todo punto decisiva o necesaria (inducción), al concurrir otros factores que influyeron en la decisión arbitraria. No obstante se produjo una aportación accidental, esto es, de carácter secundario, calificable de complicidad.

El motivo debe estimarse parcialmente, aunque sea por el efecto reflejo de la estimación del motivo primero del Fiscal.

DÉCIMO CUARTO.- En **el segundo de los motivos** denuncia la inaplicación del art. 432 del vigente Código Penal , por constituir un precepto más beneficioso para el acusado que el correspondiente del C.P. de 1973 , imputable a Miguel , lo que hace a través de la vía procesal propiciada por el art. 849-1º L.E.Cr .

1.En la síntesis del motivo constituye un dato importante partir de que la sentencia acepta la concurrencia de la mayor parte de los elementos del delito de malversación: carácter de caudales públicos de las acciones de la empresa mixta de mayoritaria participación municipal, la aptitud de los acusados, como *intraneus* y *extraneus* para cometer el delito, y relación suficiente de disponibilidad sobre los fondos y caudales afectados, objetando sin embargo dos aspectos que impedían la condena, referidos a la acción típica y al objeto material del delito que a juicio de la Audiencia no concurrieron.

Acude al desarrollo de los hechos probados en donde se plasma algún dato elocuente y se dice en la sentencia (pag. 140) que el precio que debió pagar Funespaña por su oferta del 49 % del patrimonio neto fue la de 1.236.270.000 si se hubieran hecho los controles precisos y no las 100 pesetas que pagó, como se dice en la pag. 97 de la sentencia (hecho probado 23) conforme al plan trazado entre los Sres. Roman Torcuato y Miguel .



A juicio de la entidad recurrente la sentencia incurre en dos errores:

a) establecer una disociación en orden a la aplicación de los tipos penales entre malversación y prevaricación. La condonación o compensación constituía una condición impuesta por Funespaña en su oferta, de modo que más tarde o más temprano la condonación debería producirse; luego existió planificación previa.

b) aunque la venta se realizó en un concurso público, dada la caracterización del delito de malversación de caudales públicos, dejar de ingresar el valor de las acciones es equivalente a apropiarse de ese valor. En tal sentido lleva a cabo interpretaciones del verbo "sustraer", como equivalentes a apropiación, entendiendo que existen mecanismos sofisticados de llevar a cabo un acto apropiativo. La entidad recurrente no pretende -según su tesis- criminalizar como malversadoras las adjudicaciones de valores por debajo de su valor real, siempre que se trate de pequeñas desviaciones, pero no es este caso, ya que no existió contraprestación por tales acciones.

2.La Audiencia ha resuelto la cuestión que ahora se plantea no reputando caudales públicos los desembolsos que por las acciones recibidas en una adjudicación pública debió haber pagado y no pagó el beneficiario, según le impuso un informe posterior del Tribunal de Cuentas, y que en definitiva fueron hechos efectivos durante los años 1999 a 2005.

Todos los ofertantes solicitaban la compensación o condonación de la deuda entre el Ayuntamiento y la "empresa" de integra participación municipal, pues ninguna de ellas estaba en condiciones de pagar por el 49 % una cifra que superaba los mil millones de pesetas. No habiendo hecho compensación alguna previamente a la determinación del neto patrimonial de la empresa, aunque en el acuerdo de 26 de febrero de 1993 fue acordada tal compensación, la sociedad funeraria ya no era absolutamente pública sino privada en un 49 %. En cualquier caso, si se aceptaba la condición de la oferta (todas las existentes lo proponían) Funespaña, ante la situación negativa del patrimonio (el informe del Tribunal de Cuentas cifraba el déficit en 106 millones de pesetas aproximadamente) hubiera concretado la contraprestación al pago de todas las deudas pendientes atribuidas al Ayuntamiento frente a la empresa municipal, la entrega de la cantidad simbólica de 100 pesetas y un desembolso de 200.000.000 de pesetas para llevar a cabo una ampliación de capital. Y ello es lo que hizo el Sr. Torcuato y si se quiere el Sr. Miguel como futuro partícipe de las acciones adquiridas. En modo alguno puede considerarse equivalente la adjudicación pública de acciones a la apropiación, que supone la extracción de unos caudales, ya públicos, en beneficio propio o de terceros por el funcionario encargado de su custodia.



La posterior determinación del activo social, ante la ineffectividad de la petición de la oferta de condonación, transformó la situación y es entonces cuando al satisfacer tal deuda, a medida que ingresaba en las arcas de la empresa mixta el importe de la misma los caudales adquirirían la condición de públicos.

3.En definitiva no existe actuación apropiativa de metálico ni de acciones, en tanto fue a consecuencia de una posterior reconsideración de los términos de la oferta, lo que impuso al acusado la obligación de pagar el 49 % de la deuda de la empresa mixta con el Ayuntamiento, pues hasta entonces era una expectativa y el dinero adeudado no había salido del peculio particular del obligado.

En cuanto a la pretensión de calificar jurídicamente la adjudicación de las acciones como acto apropiativo de los caudales que se administran por un funcionario, es evidente el acierto de la Audiencia. La inexistencia de apropiación la avala el dato de que las acciones debían revertir a la Empresa municipal el año 2016 y el Tribunal de Cuentas reconoció que no existió responsabilidad civil por alcance derivada de cualquier delito, por lo que nada había que restituir y el propio Mº Fiscal en su recurso reconoce ese hecho y tampoco solicita responsabilidad civil que implique restitución de lo sustraído (acción nuclear de la malversación) y en nuestro caso de nada se apropió el acusado, sino que no satisfizo una obligación en el momento oportuno, pero lo hizo con posterioridad, al no dar efectividad al acuerdo del Ayuntamiento de condonación (compensación) de la deuda.

El motivo deberá decaer.

DÉCIMO QUINTO.- En **el siguiente motivo** la recurrente, al amparo del art. 849-1B0 L.E.Cr ., estima inaplicable el art. 404 bis b) del C. Penal de 1973 y del art. 113 del mismo texto legal respecto de la conducta del Sr. Miguel como autor de un delito de tráfico de influencias.

1.El planteamiento del motivo lo apoya en básicas afirmaciones sentenciales, en atención a las cuales, a pesar de entender que el delito de tráfico de influencias se consumó, se hallaba prescrito por haberse desvinculado del delito de prevaricación.

En el auto de 24 de noviembre de 2006 , dictado como cuestiones previas de esta sentencia y que lo incorpora ésta en sus antecedentes, se desestima la excepción de prescripción antes de conocer el resultado de las pruebas del juicio, o lo que es lo mismo, la existencia o no de conexidad, por cuanto en el momento que tal fenómeno jurídico se produce debe tomarse como referencia a

efectos de prescripción el complejo delictivo (delitos conexos o vinculados), atendiendo al que establezca el mayor lapso temporal.

Parte a su vez la recurrente de que las influencias del Sr. Miguel tuvieron su papel decisivo y fundamental en la conducta prevaricadora por la que ha resultado condenado el Sr. Franco .

2.A la entidad recurrente no le falta razón, partiendo, lógicamente de la estimación del motivo relativo a la participación del Sr. Miguel en concepto de cómplice en el delito de prevaricación, pretensión simultáneamente interesada por el Mº Fiscal.

A todos los partícipes en un delito debe afectarles el mismo plazo prescriptivo. Así lo declaró esta Sala en Pleno no jurisdiccional de 29 de abril de 1997 , en trance de interpretar los plazos prescriptivos del art. 133 del C.Penal , y así, dentro de la disyuntiva de si debe partirse de la pena "in abstracto" fijada para el delito de que se trate, o de la pena en concreto, resultante de la aplicación de normas sobre grados de participación y de ejecución o por efecto de circunstancias modificativas, decidió por mayoría que **"debe ser tenida en cuenta la pena en abstracto"** (Cfr. SS.T.S. nº 194/2004 de 16 de febrero; nº 92/2008 de 31 de enero y nº 107/2008 de 16 de abril).

De este modo resulta que bien con la legalidad vigente en el momento de la ejecución de los hechos (art. 358 C.P. de 1973, en relación al 113 y 30) o en la actualidad vigente (art. 404, en relación al 131 y 40 del C.P. de 1995), sin que haya mediado ley intermedia más favorable al reo, en ambos supuestos legales se establece un término prescriptivo de 10 años.

De acuerdo con tal premisa resulta evidente que el delito de prevaricación, en su modalidad ejecutiva de complicidad, imputada a Miguel , no ha prescrito, en atención a ese acuerdo de Sala General, ciertamente un tanto discutible, ya que pueden existir supuestos en que el plazo de prescripción en un cómplice sea mayor para el delito que para la pena, pero no obstante la Sala, por decisión mayoritaria tuvo en cuenta razones procesales (no disgregación de la misma causa en diferentes términos prescriptivos en relación a los partícipes en la misma) o de seguridad jurídica, en base a las cuales adoptó el acuerdo que preceptivamente debemos respetar.

3.Dicho lo anterior se plantea con toda su problemática el núcleo de la queja formulada, atinente a si el delito de tráfico de influencias que la Sala analiza y da por cometido, -respecto al cual la parte recurrida (Sr. Miguel) pudo replicar en casación, combatiendo su tipicidad, ha prescrito o todavía es exigible la responsabilidad penal, y la respuesta no puede ser sino negativa: el delito no habrá prescrito, habida cuenta de que ambos, tráfico de influencias y prevaricación, constituirían



resultados típicos dimanantes de una misma conducta, o en todo caso fueron fruto de un comportamiento delictivo instrumental o conexo entre una y otra infracción.

Esta Sala ha sido contundente a la hora de considerar el conjunto delictivo, tomando como base referencial del término de prescripción el delito que señala más lapso temporal de todos los integrados en el conjunto (sentencias T.S. nº 1182/2006 de 29 de noviembre; nº 28/2007 de 23 de enero; nº 600/2007 de 11 de septiembre; nº 132/2008 de 12 de febrero; nº 493/2008 de 9 de julio; nº 570/2008 de 30 de septiembre y nº 866/2008 de 1 de diciembre).

Así pues, en la hipótesis de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un medio para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva, prescindiendo de aquéllas que se estimasen previamente prescritas y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. En estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Como destaca la STS 29-7-98 , las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable a supuestos de mera conexidad procesal (SS 1247/2002 de 3-7; 1242/2005 de 3-10; 1182/2006 de 29-11 y 600/2007 de 11-9).

4. Junto a las hipótesis de concurso ideal o medial de delitos (art. 77 C.Penal) la doctrina de esta Sala incluye con igual régimen jurídico -como acabamos de apuntar- los supuestos en que se hace imprescindible contemplar la realidad global proyectada por el autor o autores de los delitos, para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, en cuyas situaciones la prescripción debe entenderse de modo conjunto mientras no prescriba el delito más grave o principal.

Se suman pues a los supuestos del art. 77 del C.Penal , los casos de conexidad, pero, como tenemos dicho, no entendida en sentido o acepción procesal (art. 17 L.E.Cr .), sino con asiento en una base sustantiva o material, de tal suerte que las causas de mera conexidad procesal (art. 17-5º L.E.Cr .) deberán apreciarse separadamente en orden a la prescripción de los delitos que se enjuician en un sólo proceso.

Podemos incluir dentro de la consideración conjunta de los delitos a efectos de prescripción:



- a) Concurso ideal de delitos (art. 77 C.Penal).
- b) Concurso medial o instrumental (art. 77 C.Penal y 17.3 L.E.Cr.).
- c) Comisión de un delito para procurar la impunidad de otro u otros (conexión instrumental: art. 17-4 L.E.Cr .).
- d) Conexión entre los diversos delitos imputados a una persona si se proyectaron y ejecutaron según un plan o diseño conjunto, dentro del mismo contexto espacio-temporal (conexión material: art. 17-1º , 2º y 5º L.E.Cr .).

Fuera de estas situaciones la imputación conjunta de varios delitos a una persona (art. 17-5º L.E.Cr .) no puede impedir que en cada uno de ellos opere la prescripción que es propia del delito de que se trate, considerados individualmente.

5.El caso concernido lo integran dos delitos (prevaricación y tráfico de influencias) cuya distinción en orden al bien jurídico protegido no resulta fácil al participar ambos de la idea de ataque al correcto funcionamiento de la Administración pública, en particular la protección del deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir su funcionamiento en la labor de satisfacer los intereses y servicios generales que la ciudadanía demanda.

Dentro de esa idea general de la que participan los dos delitos, en el delito de prevaricación el legislador protege de forma específica la correcta prestación de los servicios públicos y más específicamente el adecuado sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, no muy distante al objetivo que la Ley intenta alcanzar al regular el delito de tráfico de influencias, que trata de evitar cualquier lesión a la objetividad e imparcialidad con que los poderes públicos deben actuar en la prestación de servicios a la colectividad, en cuanto tal conducta supone la interferencia en el proceso de toma de decisión.

En cualquier caso existen claras diferencias tipológicas entre las dos infracciones punitivas, que las separan y distinguen pudiéndose cometer una y no otra o viceversa, a pesar de haberse incorporado en el tipo de tráfico de influencias como presupuesto típico, la resolución dictada por el funcionario o autoridad influenciada. En efecto, para cometer el delito de tráfico de influencias no se requiere que la decisión del funcionario o autoridad sea arbitraria o injusta. Sin embargo tal delito exige una finalidad crematística que es innecesaria en el delito de prevaricación.

6. *En nuestro caso serían aplicables los artículos del Código Penal derogado de 1973 , por ser más beneficiosos para el reo. El acusado Miguel con su conducta de pertinaz influencia en aras a la*



obtención de un beneficio ha contribuido (complicidad) a que un funcionario público dicte una resolución arbitraria e injusta (arts. 358 y 404 bis b). Los elementos del delito de tráfico de influencias han quedado plasmados en la sentencia, sin que la parte afectada los haya combatido eficazmente. Como beneficio económico, amén del 20 % de la gestión de la Sociedad, deducido de las ganancias antes de impuestos, el cargo de Gerente a su socio Sr. Torcuato , así como el de sus asesores directos, figura la compra del 49 % de las acciones por 100 pesetas, cuando la deuda condonada y que debía pagar era de 1.236.270.000 pts.

La aprobación por el Ayuntamiento era firme y en atención a ello, Funespaña sólo desembolsó los 200 millones de pesetas al reputarse el "neto patrimonial" de la sociedad funeraria negativo. El que el Ayuntamiento no diera plena ejecución al acuerdo de condonación e incluso, con posterioridad, desistiese del mismo en un intento de saldar la deuda con el adjudicatario (Funespaña), impuesta al final por el Tribunal de Cuentas y debidamente satisfecha, sólo afecta al agotamiento del delito, pues el efecto condonador surtió efectos desde el principio y la deuda se pagó cuando la empresa era plenamente rentable y producía pingües beneficios.

El dato es importante para graduar la pena de multa impuesta en atención al beneficio, que puede ser -según el Código- directo o indirecto, para sí o para un tercero , y es obvio que de él participaron los socios de Funespaña, uno de los cuales era el acusado Miguel , que fue el único autor de este delito.

7.En atención a todo lo dicho *procede estimar íntegramente el motivo no declarando prescrito el delito de tráfico de influencias atribuido a Miguel , debiendo responder por él, bien sea en concurso ideal o medial (art. 77 C.P .) bien en conexión material, consecuencia de la inocultable y patente relación entre ambos, hasta el punto de carecer de sentido uno sin el otro.* Lo decisivo es que existen dos delitos, debiendo regularse las penas justas y proporcionadas en la segunda sentencia que debe dictarse.

DÉCIMO SEXTO.- El **motivo cuarto**, interpuesto por D^a Sagrario en representación del PSOE, ataca la sentencia por la vía del art. 849-1º L.E.Cr . al entender inaplicable el art. 540 C.P. de 1973 a los acusados Sres. Franco , Sr. Miguel y D. Torcuato .

1.La sentencia recurrida, en su Fund. Jurídico 5º (pag. 189 y ss.), considera que no existió delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, ante la "inexistencia de elementos objetivos que permitan la imputación de este ilícito penal a ninguno de los acusados", operando sobre un doble argumento que puede resumirse en la no apreciación de ninguno de los medios típicos para



la alteración de precios: 1) No aparece que se haya impartido información falsa ni intención de ello y 2) el mejor encaje de los hechos se halla en el tipo de tráfico de influencias. En esas condiciones la resolución recurrida -en opinión del impugnante- se aparta de los términos a través de los que claramente se expresa la declaración de hechos probados y, además, el tipo penal contempla como medio comisivo no sólo la dación de información falsa, sino también la tendenciosa y la engañosa.

En el desarrollo del motivo realiza hasta quince citas entresacando fragmentos de los amplios hechos probados y sus motivaciones, estimando cometido, en base a esos referentes fácticos, el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en tanto la compra del 49 % de las acciones de la EMSFM por Funespaña S.L. por el simbólico precio de 100 pesetas implica la comisión de tal ilícito penal, ya que el precio real de las acciones era de 1.236.270.000 pts. que fue la cantidad finalmente pagada. La impugnante en tan prolija cita pone nítidamente de manifiesto, en base a la propia declaración de hechos probados, el doble juego a que se entrega el Sr. Miguel (junto con D Torcuato): ocupó desde los primeros momentos dentro del proceso privatizador una posición central como principal asesor de los gestores de la EMSFMSA y del entonces primer Teniente Alcalde Sr. Franco, determinando el criterio de éste con "sesgadas opiniones" (pag. 126 de la sentencia), al mismo tiempo que, por hallarse inmerso en el mismo centro de las decisiones, dispone de una información privilegiada que él mismo pudo confirmar; pero de igual modo se concierta con Torcuato y "traza un plan" (pag. 91 y 96 de la sentencia) para asegurar en favor de Funespaña la adjudicación del concurso en las condiciones más ventajosas, hasta el punto de que traslada el corpus de la información privilegiada de que dispone a la oferta presentada por aquélla, al redactarla personalmente.

La recurrente sostiene que aunque se habló de quiebra de la "empresa mixta" e incluso de disolución de la misma, la situación era coyuntural, pues se esperaba "un chorro de dinero" para su caja derivado del aumento de las tarifas y de la liberación de nichos. Por otro lado existía el indiscutido propósito del Ayuntamiento de cancelar la deuda que la empresa mixta tenía con él.

2. Expuestos los puntos de discrepancia con la sentencia, se hace preciso recordar los elementos integrantes del tipo delictivo que se imputa comprobando su concurrencia en el probatum, sin que el desgajamiento de frases o fragmentos del mismo desnaturalice el sentido global del relato sentencial. Los elementos del delito se contraen a los siguientes:

a) un intento de alterar precios.



b) tales alteraciones de precios deben referirse a los que normal y naturalmente habrían de resultar de la libre concurrencia de oferta y demanda.

c) puede recaer sobre productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas, muebles o inmuebles.

d) el medio de exteriorizar la intención puede ser variadísimo, tanto difundiendo noticias falsas o tendenciosas, como amenazas o engaños o "cualquier otra maquinación", como dice el texto legal, con lo que tales medios son ilimitados: la enumeración del C.P. es meramente ejemplificativa y abarca a todo medio moral, físico o engañoso y de presión mediante creación de ambientes enrarecidos por noticias insidiosas y ardides que conduzcan adecuadamente al intento de alterar los precios, que es la esencia del delito.

e) todos los objetos, mercancías y bienes han de ser materia de contratación, estar dentro del comercio de los hombres y tener su correspondiente reflejo en el contrato a virtud del cual aquéllos se trafican o son objeto de relación jurídica.

3. Los hechos probados ofrecen base suficiente para entender, conforme a la valoración efectuada por el tribunal (razonable y fundada), que "la información que se transmitió a los posibles interesados en la adquisición fue básicamente la misma" (pag. 191), para a continuación afirmar que ninguno de los acusados ejerció presiones, amenazas o engaños que impidieran a los interesados acudir al concurso públicamente convocado y que, finalmente, fueron tres sociedades distintas quienes presentaron oferta, sin que existiera siquiera sospecha de acuerdo previo para que fuera una concreta la adjudicataria del concurso (pag. 192).

Hemos de tener presente que la situación de "quiebra técnica" de la "empresa municipal" fue reconocida por todos los grupos del Ayuntamiento, lo que origina el acuerdo del Pleno de 28 de julio de 1992 (hecho probado 1º) y todos los ofertantes coincidieron en la no asunción de la deuda que por salarios de funcionarios tenía contraída con el Ayuntamiento la "empresa mixta". Nada oculto en este proceso existió. Hablar de situación de quiebra de la empresa municipal, quizás en términos económicos fuera riguroso, si la situación era coyuntural, pero desde el punto de vista jurídico podía haber determinado la caída de la sociedad en alguna causa de disolución, conforme al art. 260 de la L. Sociedades Anónimas. No obstante más que lanzar el rumor de la crítica situación económica lo que se hacía era simple y vulgarmente expresar la penosa situación económico-financiera como información general, en nada comparable a la difusión de noticias falsas o tendencias.



Como bien apunta el Fiscal -que se opone a la estimación del motivo- cosa distinta es que el acusado Sr. Miguel por la estrecha relación mantenida con quienes estaban llevando adelante el proceso de privatización obtuviera información más precisa que le permitiera utilizarla en su propio interés, pero en tal caso el posible delito cometido sería el de tráfico de influencias, sobre el que ya tuvimos ocasión de pronunciarnos.

Conforme a lo explicitado no ha quedado acreditado -como refiere el Fiscal- que ninguno de los acusados ejerciera presiones, amenazas o engaños que impidieran a los interesados concurrir al concurso públicamente convocado, por el contrario, ha quedado acreditado que fue una pluralidad de personas quienes se interesaron en el concurso convocado y que, finalmente, fueron tres sociedades distintas quienes presentaron oferta, sin que exista siquiera sospecha de que entre ellas hubiera acuerdo previo para que fuera una en particular la adjudicataria del concurso, prueba de ello es que una de las ofertantes, aunque luego desistiera de él, interpuso recurso contra el acto de adjudicación, con lo que cualquier vestigio de pacto espurio, de existir, se produjo una vez adjudicado el concurso y no con anterioridad a él.

Por todo ello el motivo no puede merecer acogida.

Recurso de Andrea en nombre de Izquierda Unida.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Al amparo del art. 849-1º L.E.Cr . combate la sentencia por aplicación indebida de los arts. 404 del vigente C.Penal y 358 del C.Penal de 1973 , en orden a la individualización de la pena, correspondiente al acusado Franco .

1.El delito de prevaricación -según su tesis- debe reputarse de mayor gravedad con el correspondiente reflejo en la pena, por cuanto se desarrolló en el contexto de una actividad delictiva de carácter complejo, en la que se encadenaron diversos delitos (tráfico de influencias y prevaricación) y especialmente porque el último de los delitos mencionados abarcó o se manifestó no sólo en la aceptación y adjudicación de la oferta a Funespaña en el concurso, sino que se completó con la condonación de la deuda, consecuencia de la deliberada omisión del establecimiento previo de la cantidad a pagar por la adjudicataria.

2.La entidad recurrente censura una actividad judicial (individualización de la pena) que compete de modo exclusivo al Tribunal de instancia, quedando sumamente limitado el control casacional que sólo podría operar en supuestos de patente arbitrariedad o desatención de los parámetros legales, cuando los ofrece la ley como criterios de cuantificación penológica. También cabría



discutir tal cuestión en hipótesis de ausencia total de motivación sin que las razones de la cuantía de la pena se deriven de forma nítida de la propia sentencia. Pero en nuestro caso la Audiencia razonó la pena a imponer al tener en cuenta la concurrencia de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, que el recurrente considera no debieron estimarse. En la sentencia se precisa el considerable e injustificado lapso temporal de inactividad procedimental, como se concreta en el hecho probado nBO 30 -folio 104-, según el cual desde la inhibición acordada a favor de la Audiencia Provincial de Madrid por perder el fuero uno de los acusados en fecha 22 de octubre de 2003 , que lo tenía con respecto al Tribunal Superior de Justicia de Madrid, hasta la celebración de la vista oral el 7 de mayo de 2007 , salvo el señalamiento del juicio con las consiguientes citaciones no existe diligencia alguna (véase Fud. de Derecho 80, folio 200 y 201).

Por todo ello se entiende que la cantidad de pena se hallaba justificada, lo que hace que el motivo se desestime.

DÉCIMO OCTAVO.- A través de igual cauce procesal que los anteriores (art. 849-1B0 L.E.Cr .) reputa infringido en el **motivo segundo** el art. 432 C.Penal vigente y 394 C.P. de 1973 , por inaplicación.

1.La entidad recurrente entiende que el objetivo de la actividad delictiva llevada a cabo por los Sres. Franco , Miguel y Torcuato era que los dos últimos pudieran hacerse con el 49 % del capital social de la EMSFM sin abonar su precio, lo que constituye una malversación de las contempladas en los preceptos invocados, de la que respondería el Sr. Franco como autor y e1 Sr. Torcuato) y Miguel como cooperadores necesarios.

La recurrente puntualiza que no se hace referencia a la sustracción de efectivo por parte de un funcionario, sino al consentimiento de que un tercero lo sustraiga. En suma -viene a precisar- que la sustracción se realizó en este caso mediante la no concreción del precio a pagar por la adjudicataria antes de la adjudicación y en la no exigencia de dicho pago después al amparo de la confusión que dicha indeterminación creaba.

2.El motivo es repetición del formulado por el Mº Fiscal y el Partido Socialista, arguyendo similares razones, por lo que hemos de remitirnos a lo ya dicho. La adjudicación de las acciones sin abonar el precio no puede entenderse equivalente a la sustracción y tampoco la no concreción del precio constituye apoderamiento o acto apropiativo de los que exige el tipo penal que se considera infringido. No concurre la acción típica y el objeto del delito no puede equipararse a la expectativa de que el adjudicatario abonara el precio, en tanto los caudales se hallan en la esfera de



disponibilidad del particular. La misma confusión a que hace referencia el recurrente excluiría el delito, pues tal confusión realmente existió dada la contradictoria oferta. Por su parte la oferta, como las demás que concurrieron, se condiciona a la compensación o condonación de la deuda de la empresa mixta con el Ayuntamiento. Ninguna de las tres ofertas estaba en condiciones de aportar más de mil millones por tal concepto. El 26 de febrero el Ayuntamiento en cumplimiento de la condición aceptada al ser adjudicado (plenamente regular según sentencia del T.S. Sala III, de 20-mayo-2006), acuerda la compensación (que encubría una condonación). En tal coyuntura el capital social -conforme al informe del Tribunal de Cuentas- arrojaba un saldo negativo de 106 millones de pesetas aproximadamente, así que las acciones no representaban un valor positivo. Por todo ello, según términos de la oferta, se paga la cantidad simbólica de 100 pesetas, con la obligación de aportar 200 millones para ampliar el capital, pagando las deudas que tenía el Ayuntamiento con la sociedad al 31 de diciembre de 1992.

Hasta tal momento nos hallamos ante una adjudicación de acciones que no puede asimilarse a ninguna apropiación; mas, la confusión surge cuando también dentro de la oferta se establecía que el postulante se comprometía a hacer entrega en concepto de precio del importe (activo neto de la sociedad) que a la sazón pudiera resultar. Sobre esa base y en atención a que la propuesta de condonación de la deuda a favor del Ayuntamiento no se produjo, el interventor municipal entendía que la oferta de Funespaña daba pie a contabilizar la deuda en cuestión. De ahí, que sugirió y se acordó por el Ayuntamiento y por la "empresa mixta" que sobre las acciones, con el valor que pudiera representar la deuda -que insistía debía pagarse- se constituyera una reserva indisponible; luego, dada la participación mayoritaria del Ayuntamiento, nunca podía hacer propio el valor que en lo sucesivo pudieran tener las acciones, ni enajenarlas o gravarlas. Cuando el Tribunal de Cuentas establece la obligación de satisfacer el crédito adeudado, el acusado desembolsó entre los años 1999 y 2005 la cantidad señalada por dicho Tribunal contable. Nunca dicho Tribunal condenó a restituir algo que previamente se hubiera sustraído.

3.La conducta desplegada, como acabamos de expresar, no reúne los requisitos de un delito de malversación, a pesar del esfuerzo dialéctico para equiparar el término sustraer a los alambicados mecanismos susceptibles de producir un beneficio económico posterior, consecuencia de la adjudicación del 49 % de las acciones de la empresa municipal, convirtiéndose en mixta.

Tampoco debe pasar por alto que según los acuerdos de adjudicación las acciones que se dicen sustraídas pasarán en 2016 al Ayuntamiento, e insistimos, en momento alguno dicho organismo



público ha reclamado indemnización por tal concepto. Al contrario la deuda que finalmente, esclarecidos determinados aspectos por el Tribunal de Cuentas, debía satisfacer el acusado Torcuato y Miguel la pagaron íntegramente, abonando su importe a la sociedad.

El motivo, por lo expuesto, no debe prosperar.

DÉCIMO NOVENO.- También por corriente infracción de ley (art. 849-1B0 L.E.Cr.) en **el tercer motivo** la entidad recurrente considera infringidos por inaplicación el art. 131-3 en relación al 429 y 404 del C. Penal vigente, equivalentes al 358 del C.Penal de 1973 .

1.El fundamento de este reproche casacional lo halla en que entre los diversos delitos, a su juicio cometidos por los acusados Sres. Franco , Miguel y Torcuato , existió una relación o conexión instrumental, dentro de una actividad delictiva compleja. *En tal sentido el tráfico de influencias, del que debe declararse culpable a Miguel , fue el instrumento necesario para alumbrar la actividad prevaricadora, buscando como último objetivo la malversación de fondos públicos por importe de 1.236.270.000 pesetas.*

2.El motivo debe estimarse parcialmente una vez hechas las acotaciones pertinentes. Como tenemos dicho en motivos semejantes formalizados por el Fiscal y Sagrario en nombre del Partido Socialista Obrero Español, en primer término debemos excluir el delito de malversación inexistente, aunque es aceptable la conexión instrumental del delito de prevaricación y tráfico de influencias. En segundo término ello sólo es predicable frente al acusado Miguel , no en relación a los otros acusados, por todas las razones expuestas no sólo en la sentencia que les absuelve (de todo delito a Torcuato; de tráfico de influencias y malversación al Sr. Franco y únicamente del delito de malversación a Miguel), sino por lo argumentado en los motivos equivalentes de los demás recurrentes.

El término de precripción, efectivamente, es de 10 años para los dos delitos por hallarnos ante un supuesto de un comportamiento delictivo complejo (delitos vinculados) susceptible de una consideración unitaria que obliga a considerar como término de precripción del conjunto de ellos en conexión material, el que mayor plazo prescriptivo señale, que será el que regirá para todos.

El motivo se estima parcialmente en los términos indicados.

VEGÉSIMO.- En el **último de los motivos**, también por corriente infracción de ley (art. 849-1B0 L.E.Cr.), denuncia infracción del art. 116.1 del C.P .



1. Considera que ha habido una incorrecta aplicación de tal precepto en cuanto D. Franco con su conducta prevaricadora ocasionó un daño a los intereses públicos, por lo que no existe justificación alguna que le exima de responsabilidad.

Para sustentar tal tesis parte de los términos en que se expresa el hecho probado 23B0 (pag. 95 y 96), motivación de ese mismo hecho (pag. 140) y fundamento jurídico 2B0, y de los cálculos que realiza concluye que el acusado Sr. Franco debió completar la devolución hecha por Miguel y Torcuato con 121.643.654 pesetas más, a la que debía ser condenado.

La entidad recurrente sostenía y sostiene que se prevaricó antes y después de la adjudicación, aunque reconoce que la sentencia limita el acto prevaricador a la posterior condonación de la deuda.

2. En el presente motivo se parte de un supuesto no aceptado por la sentencia y es que la prevaricación no recayó sobre la adjudicación.

Igualmente se aparta del hecho probado, haciendo particulares cálculos que el propio Fiscal, al impugnar el motivo, rechaza. Así pues, el hecho probado nB0 23B0 -folio 95 a 98- cifra la deuda en 2.274.747.645 pesetas, que son las condonadas y posteriormente devueltas a1 Ayuntamiento - hecho probado 24B0, folio 98 y 99- resultando correcto e1 cómputo del Tribunal. El Ayuntamiento, que es la única parte legitimada para hacer esta reclamación, no ha hecho ninguna al respecto, lo que conlleva la no derivación de consecuencias civiles, precisamente por el reintegro de 1a deuda - Fud. de Derecho 10B0, fol. 201 y 202 de la sentencia- . El partido político Izquierda Unida no es acreedor de la indemnización que se pretende ni está autorizado para exigirla.

Consecuentes con lo razonado el motivo se desestima.

VIGÉSIMO PRIMERO.-La estimación parcial del motivo primero de la acusación particular PSOE y en su totalidad el tercero, así como el tercero, parcialmente, de Izquierda Unida, determina la declaración de oficio las costas procesales respecto a dichos recurrentes e imponerlas al recurrente Sr. Franco , todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 L.E .Criminal.

III. FALLO

Que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la representación del acusado Franco contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de



Madrid, Sección Cuarta, con fecha siete de mayo de dos mil ocho , con expresa imposición a dicho recurrente de las costas ocasionadas en su recurso.

Y que debemos DECLARAR Y DECLARAMOS **HABER LUGAR a los recursos de casación interpuestos: por el MINISTERIO FISCAL, por estimación parcial del motivo primero; de Sagrario , en nombre del PSOE, por estimación parcial del motivo primero e íntegramente del tercero; y de Andrea en nombre de IZQUIERDA UNIDA por estimación parcial del tercer motivo, desestimando el resto de los alegados por dichos recurrentes, y en su virtud casamos y anulamos la** sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta con fecha siete de mayo de dos mil ocho , en esos particulares aspectos y con declaración de oficio de las costas ocasionadas en todos los mencionados recursos.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

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

Carlos Granados Pérez Julián Sánchez Melgar José Ramón Soriano Soriano

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Joaquín Delgado García

2097/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: José Ramón Soriano Soriano

Vista: 01/10/2009

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Octubre de dos mil nueve

SEGUNDA SENTENCIA N°: 1026/2009

Excmos. Sres.:

D. Carlos Granados Pérez

D. Julián Sánchez Melgar



D. José Ramón Soriano Soriano

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Joaquín Delgado García

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 el Procedimiento Abreviado incoado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con el número 53/1999 y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Cuarta, contra los acusados: Franco , con DNI. NUM000 , nacido el 1de junio de 1929, sin antecedentes penales; Marco Antonio , con DNI. NUM001 , nacido el 12 de abril de 1935, sin antecedentes penales; Miguel ,con DNI: nº NUM002 , nacido el 28 de septiembre de 1958, sin antecedentes penales; Juan María , con DNI. nº NUM003 , nacido el 3 de febrero de 1947, sin antecedentes penales; Torcuato , con DNI: nº NUM004 , nacido el 16 de noviembre de 1948, sin antecedentes penales; Roman , con DNI: nº NUM005 , nacido el 5 de abril de 1956, sin antecedentes penales; Roque , sin que conste DNI., sin antecedentes penales; Luis Miguel , con DNI. nº NUM006 , nacido el 7 de octubre de 1948, sin antecedentes penales y Jose Ramón , con DNI. nº NUM007 , nacido el 9 de junio de 1958, sin antecedentes penales; siendo responsables civiles: **FUNESPAÑA S.A.; ASTALDO, S.A.; INVERSIONES Y ASESORAMIENTOS FINANCIEROS S.L. y ITCON B.V. (en rebeldía).**; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, **que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha**, bajo lo Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace consar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha siete de mayo de dos mil ocho, incluso su relato de hechos probados.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradigan los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con los motivos que se estiman.

SEGUNDO.- Los delitos de los que debe responder Miguel se ciñen a uno de prevaricación en concepto de cómplice y otro en calidad de autor directo de tráfico de influencias. El ensamblaje o conexión existente entre ambos, como dijimos, incontestable, permite considerarlos como dos delitos (bien sea en concurso ideal, art. 71 C.P. 1973 o medial o instrumental, también art. 71 , o bien como una relación de conexión material o vinculación delictiva, según el criterio jurisprudencial ampliamente consolidado).

En el complejo delictivo (ambos delitos) concurre la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, pues ningún comportamiento procesal retardatario se atribuye al acusado Sr. Miguel y la sentencia establece unas razones objetivas extensibles a todos los acusados. Como reza el fundamento jurídico octavo (pag. 201 de la combatida) en la excesiva "duración del proceso han concurrido causas del todo independientes del comportamiento de los enjuiciados", pasando a enumerar alguna de ellas.

La atenuación debe ser valorada con la intensidad que le atribuye la sentencia y, por ende, debe ser estimada en la individualización penológica de los delitos cometidos por Miguel , descendiendo la pena, como hace la Audiencia, en un grado.

Las penas a imponer serán las correspondientes al Código vigente al cometer los hechos por ser mas beneficioso. Así resulta lo siguiente:

a) Como cómplice de un delito de prevaricación, art. 358 consumado (un grado inferior por la complicidad) y con la atenuante cualificada de dilaciones indebidas (otro grado más de reducción) determina la imposición de una pena de multa de 100.000 a 1.000.000 de pts. Ello es consecuencia de la aplicación de las escalas graduales, a que se refiere el art. 73 C.P . que, previendo para el delito básico la pena de inhabilitación especial , un grado inferior nos llevaría a la de suspensión y otro grado más a la pena de multa antes mencionada por ser esa pena pecuniaria la última de todas las escalas graduales.



b) Por el delito de tráfico de influencias (art. 404 bis b) en concepto de autor de una infracción consumada, con la rebaja de una pena por la atenuante cualificada resultaría, dado el carácter conjunto:

1) el arresto mayor, se convertirá en multa de 100.000 a 1.000.000 pts.

2) multa en relación al valor del beneficio obtenido (1.236.270.000 pts.) al rebajarla en un grado habría que dividir por mitad esa cifra, resultando esa cantidad como límite máximo y 618.135.000 pts. (art. 76 C.P.de 1973), como límite mínimo.

TERCERO.- Sobre esos parámetros es patente cual es la pena más grave, pues aunque teóricamente debe ser la de inhabilitación especial por el efecto gravísimo que provoca en un funcionario público o autoridad, dichas consecuencias punitivas no se producen cuando el partícipe es un "extraneus" que carece de la condición personal que prevé el precepto para el sujeto activo, autor directo de la infracción y todavía son más tenues los efectos penológicos cuando se participa en el hecho en calidad de cómplice.

Pero como tampoco sería favorable al reo imponer esa gravísima multa en su mitad superior, hasta el límite que represente penar ambas infracciones por separado (art. 71 C.P .), procede sancionar las infracciones separadamente.

Considerando justas las penas de 100.000 pts. por el delito de prevaricación y 100.000 pts. más 618.135.000 pts. (dos multas) por el de tráfico de influencias.

CUARTO.- Las costas procesales de la instancia se imponen a Miguel en el porcentaje de 2/72 partes, teniendo en cuenta que la sentencia de la Audiencia impone 1/72 por cada acusado y delito y ninguna de las partes ha atacado tal decisión judicial (art. 123 C.P .).

III. FALLO

Que, manteniendo la condena de Franco , **DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a Miguel como cómplice responsable de un delito consumado de prevaricación y como autor de otro delito consumado de tráfico de influencias, con la concurrencia en ambos de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a **tres penas de multa, una de 100.000 pts. (601,01 euros), por la prevaricación** (con 1 día de arresto sustitutorio caso de impago); **y otras dos, una de 100.000 pts. (601,01 euros)** con igual arresto sustitutorio **y otra de 618.135.000 pts. (3.715.066,17 euros) por el delito de tráfico de influencias** con arresto sustitutorio caso de impago por 5



meses, con imposición de 2/72 partes de las costas de la instancia con exclusión de las de las acusaciones populares.

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

Carlos Granados Pérez

Julián Sánchez Melgar

José Ramón Soriano Soriano

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Joaquín Delgado García

PUBLICACIÓN

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