Roj: **STS 2627/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2627**

Id Cendoj: **28079120012023100454**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **14/06/2023**
Nº de Recurso: **5591/2019**
Nº de Resolución: **464/2023**
Procedimiento: **Recurso de casación**
Ponente: **EDUARDO DE PORRES ORTIZ DE URBINA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 464/2023

Fecha de sentencia: 14/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5591/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 27/04/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: LMGP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5591/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 464/2023

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación 5591/2019 interpuesto por Manuel , representado por el procurador don Víctor M. ROLDÁN LÓPEZ bajo la dirección letrada de don José Carlos PALMA PÉREZ; Maximo , representado por la procuradora doña Patricia ROSCH IGLESIAS bajo la dirección letrada de don Adolfo CUELLAR PORTERO; Nicolas , representado por la procuradora doña Isabel María MIRA SOSA bajo la dirección letrada de doña Inmaculada TORRES MORENO; Adelina , representada por el procurador don Federico PINILLA ROMEO bajo la dirección letrada de don Manuel José SALINERO GONZÁLEZ-PIÑERO; Amelia y Celsa , herederos del recurrente fallecido, Roman , representadas por la procuradora doña Franscisca SOULT RODRÍGUEZ bajo la dirección letrada de don Rafael RAMÍREZ GARCÍA; y Samuel , representado por la procuradora doña Diana HIGUERAS PIÑERO bajo la dirección letrada de don José Carlos BLANDINO FRANCES, contra la sentencia dictada el 30/05/2019 por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, en el Rollo de Sala Procedimiento Abreviado 11692/2017, en el que se condenó a los recurrentes como autores penalmente responsable de un delito continuado de prevaricación, del artículo 404 del Código Penal; un delito continuado de malversación de caudales públicos del artículo 432.1 del Código Penal y un delito continuado de falsedad en documento oficial de los artículos 39.1 4º y 392 del mismo cuerpo legal . Ha sido parte recurrida el MINISTERIO FISCAL y La Junta de Andalucía.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Juzgado de Instrucción número 10 de Sevilla incoó Procedimiento Abreviado 33/2016 por delito continuado de prevaricación, malversación de caudales públicos y de falsificación de documento mercantil, contra Samuel , Roman , Nicolas , Adelina , Maximo y Manuel , que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera. Incoado el Procedimiento Abreviado 11692/2017, con fecha 30/05/2019 dictó sentencia número 269/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

"Primero.- Roman , mayor de edad, sin antecedentes penales, en fecha no determinada de 2003, ostentando el cargo de Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, que ejerció desde el 28 de septiembre de 1999 hasta el 29 de abril de 2008, decidió crear en dicho organismo público y en los servicios de su Dirección General en las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo, una estructura de personal paralela a la administrativa, al margen de las previsiones contenidas en la relación de puestos de trabajo vigente para dicha Dirección General y Delegaciones Provinciales, con incumplimiento de la normativa de contratación en el sector público. Para ello, concertó verbalmente con el acusado Samuel , mayor de edad, con antecedentes penales, administrador único de la empresa UMAX INFORMÁTICA Y CONSULTORÍA, S.L (en adelante UMAX), que contratara las personas que él le indicara, para que prestaran sus servicios en exclusiva en distintas sedes de la Consejería de Empleo, principalmente en la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social o en las Delegaciones Provinciales citadas, abonándosele la retribución que estableciera Samuel para sus empleados más las cuotas de la Seguridad Social, IVA y un porcentaje que nunca sería inferior al 20% como beneficio empresarial, con el perjuicio que ello implicaba para la Administración Pública, que no habría necesitado pagar estos últimos conceptos de haber realizado su contratación por los cauces legales.

De conformidad con el citado acuerdo verbal, han llegado a contabilizarse, al menos, 44 trabajadores contratados por dicha empresa o por otras de las que era administrador el mismo Samuel (Square Inversiones S.L. y Ultra Informática S.L.), así como Inaria S.L., cuyo socio y administrador es Jesús Ángel , quien, realmente, es socio de Samuel al 50% en esta relación con la administración, a pesar de no aparecer dicha vinculación en las escrituras de la citadas sociedades. Alguno de los trabajadores estaban relacionados por vínculos de vecindad y amistad con Roman y también de parentesco en el caso del acusado Nicolas , mayor de edad, sin antecedentes penales, Director General de Trabajo tras el cese del anterior el 29 de abril de 2008, mediante Decreto 158/2008, de 29 de abril, destituido en dicho cargo mediante Decreto 124/2010, de 6 de abril, tiempo en el cual decidió mantener a los trabajadores de UMAX y de otras entidades en la sede de la Dirección General que presidía y Delegaciones Provinciales, en la misma situación económica acordada por su antecesor, además de acordar contratar más personas con la misma finalidad, conociendo Nicolas la situación de ilegalidad en la que se habían incorporado y mantenido en tal relación laboral en las sedes de la Consejería de Empleo, habiendo formalizado ya cuatro contratos con las empresas UMAX e INARIA, en su cargo anterior como Delegado Provincial de Empleo en Huelva, siguiendo las instrucciones de su antecesor en la Dirección General.

Para poder cobrar UMAX lo pactado verbalmente, ante la ilegalidad de la contratación que se había realizado de trabajadores para desempeñar los puestos que se les asignaban en los indicados organismos de la Consejería

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

de Empleo, se utilizó el sistema de simular la concertación de contratos menores inexistentes, para cuyo abono sólo se precisaba la redacción de una memoria justificativa y una factura en la que se debía hacer constar el concepto de la prestación del supuesto servicio concertado, que no era real pues lo que realizaban de forma continuada los empleados, era lo mismo que desarrollaba el personal funcionarial, incluso ocupando cargos de confianza y responsabilidad en la tramitación de asuntos de la competencia de la Dirección General, o bien se acudía a procedimientos de negociación sin publicidad en los que se invitaba a participar a tres empresas vinculadas con UMAX, que eran indicadas por Roman o personal subordinado, a fin de aparentar legalidad en la tramitación del expediente y conseguir la designación arbitraria de ésta mercantil para un servicio que, después, no se realizaba, habiendo correspondido el conocimiento, tramitación y adjudicación de la mayoría de estos contratos al también acusado Maximo , mayor de edad, sin antecedentes penales, durante el tiempo que ejerció como Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo (26 de abril de 2004 a 29 de abril de 2008), quien al mismo tiempo ostentaba el cargo de Tesorero de la Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y Empleo (FAFFE) y del Servicio Andaluz de Empleo (SAE) y sabía la indebida contratación de los trabajadores de UMAX y aceptó la simulación que se realizaba con los contratos en los que intervenía, además de ser el encargado de comprobar, proponer y autorizar el pago de los contratos menores inexistentes antes citados e invitar a las sociedades para que ofertasen en los procedimientos negociados sin publicidad, siendo él quien adjudicaba los contratos iniciados desde los servicios centrales de la Consejería.

Samuel , para cobrar su contraprestación, se limitaba a hacer constar en la factura el concepto de la prestación que le indicaban, bien los Jefes de Servicio, Directores Generales de la Consejería de Empleo o los Delegados Provinciales a indicación del Director General Roman y, después, por Nicolas , o bien por el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) o la Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y Empleo (FAFFE).

El personal contratado por UMAX prestó servicios para la Consejería de Empleo, ejerciendo sus funciones en las sedes de varios órganos directivos y administrativos de la misma, en tareas que deberían ser realizadas por personal integrado en la función pública de la Junta de Andalucía por ser de la naturaleza que sustenta la propia existencia de dicha actividad, y ello se hizo de forma continuada a lo largo de los años desde 2003 hasta y mediados de 2010, además de ser realizado en régimen asimilable al del personal funcionario en cuanto a horario de trabajo, presencia en puesto de trabajo, dependencia jerárquica y supervisión superior etc...

En el año 2007 se abandonó el sistema de abono a UMAX y otras empresas vinculadas a través de los contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad antes indicados a cargo de la Dirección General de Empleo, Secretaría General Técnica u otros órganos directivos de la Consejería de Empleo y el Servicio Andaluz de Empleo, para ser sufragadas las nuevas facturas que se iban generando, igualmente mediante conceptos falsos, por la Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y Empleo (FAFFE), dada la mayor facilidad que tenía en la contratación y pago, proviniendo los fondos destinados a dichos abonos de subvenciones otorgadas por distintos organismos de la Consejería de Empleo, entre ellos, la propia Dirección General de Empleo, el Consejería de Empleo y la Secretaría General Técnica en la época en la que ostentaba la Jefatura de este último organismo la acusada Adelina , quien fue nombrada para dicho cargo el 29 de abril de 2008 y lo ejerció hasta el 15 de mayo de 2010, e igualmente, era consciente de la realidad de la contratación ilegal del personal de UMAX y sus sociedades vinculadas y de la forma de pago de las facturas emitidas por dicha entidad.

Dichas subvenciones a FAFFE se otorgaron, ficticiamente, con una finalidad distinta a la del pago de nóminas a los empleados de UMAX, cuando en realidad se concedieron para éste pago indebido.

Maximo , desde el 20 de abril de 2005 hasta el 5 de mayo de 2009 asumió, igualmente, el cargo de Tesorero de FAFFE y del SAE durante su destino en la secretaría General Técnica. Además, Adelina ejerció como Secretaria de dicha Fundación desde el 22 de mayo de 2003 hasta el 5 de mayo de 2009 en que fue nombrada Tesorera de dicha Fundación.

Los Sres. Maximo y Adelina intervinieron en distintos contratos con UMAX, siendo la Secretaría General Técnica la que actuó como contratante del último concierto abonado a UMAX, de fecha 17 de noviembre de 2010, por importe de 20.945 euros, cuya propuesta de pago fue firmada por la Sra. Adelina sin contar con memoria justificativa del supuesto contrato.

Igualmente, el SAE concedió a UMAX varias subvenciones, siendo la persona ordenante del pago en tres de ellas, Maximo y en otra, el 25 de noviembre de 2009, Adelina , concediéndosele otra el 14 de octubre de 2010, siendo Tesorera de dicha entidad la acusada. Igualmente, consta otra subvención de la Secretaría General Técnica a FAFFE en 2009, que fue destinada a pagos de facturas de UMAX. Del mismo modo, las órdenes de pago de los contratos supuestamente suscritos por el SAE con dicha sociedad, eran firmados por el Sr. Maximo .

Segundo.- A finales de abril o principios de mayo de 2010, habiendo sido nombrado el 13 de abril de 2010 Director General de Empleo el acusado Manuel , mayor de edad, sin antecedentes penales, éste recibió la visita

de Samuel quien le puso en conocimiento la situación de los trabajadores de su empresa en la Dirección General y Delegaciones provinciales y reclamaba el pago de su contraprestación y ante la ilegalidad que apreció, decidió comunicarlo al Viceconsejero de Empleo, que le indicó que arreglara el desaguisado junto con la Secretaría General Técnica Adelina y que los trabajadores debían abandonar "ipso facto" las dependencias de la Consejería, lo que así se hizo, produciéndose entrevistas de estos con Samuel y su socio Jesús Ángel , procediéndose al despido del personal por parte de UMAX, intermediando, seguidamente, Manuel y Adelina en la contratación de la mayor parte de dichos trabajadores por FAFFE como así se produjo, consiguiendo que se mantuvieran en el mismo destino que anteriormente tenían en la Dirección General de Trabajo no obstante saber la ilegalidad de tal forma de contratación, ahora bajo la dependencia de la citada Fundación, situación en la que han seguido trabajando tras la resolución de 20 de abril de 2011 de la Secretaría General para la Administración Pública que aprobó el protocolo de integración de personal en el Servicio Andaluz de Empleo, en cuya regla tercera se establece la incorporación de personal de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo a la Agencia de Régimen Especial Servicio Andaluz de Empleo con efectos de 3 de mayo de 2011.

Tercero.- Las cantidades correspondientes al pago de las nóminas de los trabajadores de UMAX cedidos a la Consejería de Empleo y en las Delegaciones Provinciales desde 2003 a 1010 ascienden a 2.445.545,80 euros - 3.410.199,96 euros incluyendo beneficio empresarial e IVA -. Y las sumas abonadas a las sociedades del Sr. Samuel (UMAX INFORMÁTICA Y CONSULTORÍA, S.L., INARIA CONSULTORES, S.L., SQUARE INVERSIONES, S.L. y ULTRA INFORMÁTICA, S.L.) fueron, al menos, las siguientes:

Pagos realizados por la Consejería de Empleo y Delegaciones Provinciales 1.202.147,68 euros.

Pagos realizados por el SAE, incluyendo las subvenciones de 390.257,10 euros a UMAX, 641.487,45 euros (f. 1639 y ss).

Pagos realizados por FAFFE: 1.957.320, 49 euros. (f.1641 y ss y modelo 347 FAFFE)

Tercero.- Samuel , en relación con los trabajos antes indicados realizados por empleados de su empresa en la sede de la Consejería de Empleo, remitió escritos de reclamación de fechas 7 de octubre de 2010, 10 de octubre de 2011, 9 de marzo de 2012 y 6 de agosto de 2012, a los Sres. Consejero de Empleo, Viceconsejero, Dirección General de Trabajo y a la Sra. Secretaría General Técnica en los que, como administrador único de la entidad UMAX INFORMÁTICA Y CONSULTORÍA S.L., solicitaba la tramitación y convalidación del gasto, reconocimiento extrajudicial del crédito y reconocimiento de deuda por importe de 1.550.114,67 € más los intereses legales y moratorios aplicables hasta su oportuno pago por la Consejería de Empleo.

Dicha cantidad se reclamaba por los impagos que decía que se habían producido entre los años 2007 y 2010, por una serie de servicios que la citada empresa había venido prestando a la Dirección General de Trabajo, antes Dirección General de Trabajo y de Seguridad Social, consistente en el desarrollo de todas aquellas tareas que los distintos Directores Generales y Secretaría General Técnica habían requerido por necesidades de externalización de sus actividades, relacionados con el objeto social de dicha empresa, mediante la puesta a disposición de sus trabajadores en la sede física de la Consejería de Empleo para desarrollar las tareas objeto de dicha externalización. Como consecuencia de dichos servicios se había pactado que la retribución se obtenía del resultado del coste de los sueldos de los trabajadores que prestaban sus servicios más un porcentaje que nunca era inferior al 20%.

Se ponía de manifiesto además, que todos y cada uno de los trabajadores prestaron sus servicios en exclusiva para la Dirección General de Trabajo, en la propia sede física de la Consejería de Empleo, sin que durante el período reclamado, hayan prestado ningún otro servicio para ningún otro cliente de UMAX.

Ante dicha reclamación, en fecha 22 de octubre de 2012 se dictó resolución por la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, en la que se rechazaba la reclamación realizada por la entidad UMAX, relativa al abono de la cantidad de 1.550.114,67 euros más intereses para el pago de los servicios mencionados, acordando, a la vez, la apertura de un período de información previa para conocer las circunstancias de lo ocurrido a efectos de determinar si convenía o no iniciar un procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad del posible encargo a la entidad UMAX con respecto a los servicios mencionados y que eran objeto de reclamación.

A estos escritos no acompañaba Samuel documentación que justificarse la existencia de contratos escritos entre la entidad UMAX y la Consejería de Empleo, ni facturas que hubiera presentado con anterioridad y que no le hubieran sido abonadas.".

2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

"Debemos condenar y condenamos a Roman , Samuel , Nicolas , Maximo y Adelina , como autores penalmente responsables de un delito continuado de prevaricación, un delito continuado de malversación de

caudales públicos y un delito continuado de falsedad en documento oficial, ya definidos, en concurso medial del art. 77 del Código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas:

A Roman , la pena de CINCO AÑOS y NUEVE MESES DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante 10 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de 18,75% de las costas.

A Samuel , la pena de CINCO AÑOS y NUEVE MESES DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante 10 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de 18,75% de las costas.

A Nicolas , la pena de CINCO AÑOS y TRES MESES DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante 9 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de 18,75% de las costas

A Maximo , la pena de CINCO AÑOS y TRES MESES DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante 9 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y abono de un 18,75% de las costas.

A Adelina , la pena de CINCO AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, inhabilitación absoluta durante 9 años, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y pago de un 18,75% de las costas.

Por vía de responsabilidad civil, los acusados indemnizaran a la Junta de Andalucía en las siguientes cantidades.

Roman , solidariamente con Samuel en 551.520,50 euros

Nicolas en 397.732,55 euros, cantidad a la que también se condena de forma solidaria a Samuel .

Igualmente se condena a Maximo a que indemnice conjunta y solidariamente con Roman y Samuel hasta la suma de 234.969 euros, y a Adelina conjunta y solidariamente con Nicolas y Samuel hasta la suma de 169.450 euros.

De las cantidades a que hemos condenado a Samuel se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Umax Informática y Consultoría S.L.

Todas estas cantidades se verán incrementadas con el interés legal del art. 576 de la L.E.C.

Asimismo, debemos condenar y condenamos a Manuel , como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete años y abono de 6,25% de las costas.

Dedúzcase testimonio de las facturas e emails aportados a la causa por Matilde y remítanse al Mº Fiscal por si los hechos a los que se refieren pudieran integrar un supuesto de delito.".

3. En fecha 11/06/2019, la Audiencia Provincial de Sevilla. Sección Tercera dictó auto aclaratorio de la sentencia con el siguiente pronunciamiento:

"Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala ACUERDA: Rectificar el error material sufrido en la sentencia nº 269/19, de fecha 30/5/19, en el sentido de aclarar que en el encabezamiento, donde dice:_, del procedimiento abreviado nº. 33/2016 seguido en el Juzgado de Instrucción nº Diez de Sevilla, en el que vienen como acusados: Samuel , con D.N.I nº. NUM000 , hijo de Samuel y de Rita , nacido en Granja de Torrehermosa (Badajoz) el día NUM001 de 1.955,. vecino de Aznalcazar (Sevilla), con instrucción, con antecedentes cancelables, en libertad por esta causa en la que ha estado representado por la Procuradora Dña. Mª del Carmen Rodríguez Casas; Roman , con D.N.I nº. NUM002 , hijo de Carlos Manuel y de Vicenta , nacido en El Pedroso (Sevilla) el día NUM003 de 1.956, vecino de Sevilla, con instrucción, sin antecedentes, en libertad por esta causa en la que ha estado representado por la Procuradora Dª Mª del Carmen Rodríguez Casas; Nicolas , con D.N.I. núm. NUM004 , hijo de Juan María y de María Milagros , nacido en Lucena del Puerto (Huelva) el día NUM005 de 1.965, vecino de Huelva, con instrucción, sin antecedentes, en libertad por esta causa, en la que ha estado representado por la Procuradora Dª Mª Dolores Bernal Gutiérrez; Adelina , con D.N.I. nº. NUM006 , hija de Alexis y de Antonia , nacida en Sevilla el día NUM007 de 1.962, vecina de Sevilla, con instrucción, sin antecedentes, en libertad por esta causa, en la que ha estado representada por la Procuradora Mª del Carmen Rodríguez Casas; Maximo , con D.N.I. nº. NUM002 , hijo de Balbino y de Carina , nacido el día NUM008 de 1954 en Cádiz, vecino de Almensilla (Sevilla), con instrucción, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, en la que ha estado representada por el Procurador D. Javier Díaz de la

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Serna Clarlo, y Manuel , con D.N.I. nº. NUM009 , nacido el NUM010 de 1961 en Castro del Río (Córdoba), hijo de Cosme y de Emma , vecino de Almería, con instrucción, en libertad por esta causa, en la que ha estado representado por la Procuradora Dª Mª del Carmen Rodríguez Casas." debe decir:

"La Sección Tercera de la Audiencia Provincial, integrada por los Ilmos. Sres. reseñados al margen, ha visto en juicio oral y público los autos del procedimiento abreviado nº. 33/2016 seguido en el Juzgado de Instrucción nº Diez de Sevilla, en el que vienen como acusados: Samuel , con D.N.I nº. NUM000 , hijo de Eleuterio y de Rita , nacido en Granja de Torrehermosa (Badajoz) el día NUM001 de 1.955,. vecino de Aznalcazar (Sevilla), con instrucción, con antecedentes cancelables, en libertad por esta causa en la que ha estado representado por el Procurador Juan Manuel Gordillo Pérez; Roman , con D.N.I nº. NUM002 , hijo de Carlos Manuel y de Vicenta , nacido en El Pedroso (Sevilla) el día NUM003 de 1.956, vecino de Sevilla, con instrucción, sin antecedentes, en libertad por esta causa en la que ha estado representado por la Procuradora Francisca Soult Rodríguez; Nicolas , con D.N.I. núm. NUM004 , hijo de Juan María y de María Milagros , nacido en Lucena del Puerto (Huelva) el día NUM005 de 1.965, vecino de Huelva, con instrucción, sin antecedentes, en libertad por esta causa, en la que ha estado representado por la Procuradora Isabel María Mira Sosa; Adelina , con D.N.I. nº. NUM006 , hija de Alexis y de Antonia , nacida en Sevilla el día NUM007 de 1.962, vecina de Sevilla, con instrucción, sin antecedentes, en libertad por esta causa, en la que ha estado representada por el Procurador Santiago Rodríguez Jiménez; Maximo , con D.N.I. nº. NUM002 , hijo de Balbino y de Carina , nacido el día NUM008 de 1954 en Cádiz, vecino de Almensilla (Sevilla), con instrucción, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, en la que ha estado representada por el Procurador Santiago Rodríguez Jiménez, y Manuel , con D.N.I. nº. NUM009 , nacido el NUM010 de 1961 en Castro del Río (Córdoba), hijo de Cosme y de Emma , vecino de Almería, con instrucción, en libertad por esta causa, en la que ha estado representado por el Procurador Víctor Manuel Roldán López."".

4. Notificada la sentencia y el auto de aclaración a las partes, las representaciones procesal de Roman , Manuel , Maximo , Nicolas , Adelina , Amelia y Celsa , herederas del recurrente fallecido, Roman y Samuel , anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5. El recurso formalizado por Manuel , se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por quebrantamiento de forma, conforme al artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir discordancia entre los fundamentos jurídicos 5 a 7 incluidos, en los que no se refiere ni califica la contratación de los trabajadores de UMAX por la Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y Empleo -FAFFE-, ente dependiente de la Consejería de Empleo con el fallo de la sentencia y por ello en el fallo se incurre en falta de motivación.

2. Por quebrantamiento de forma, conforme al artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por insuficiencia y falta de claridad en el relato fáctico de la sentencia que impide a través de la resultancia probatoria conocer la verdad, el delito, su consumación y circunstancias, consignándose como hechos probados conceptos que por su carácter jurídico implican la predeterminación del fallo.

3. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, habida cuenta que la actuación del recurrente no se encuadra en el tipo del artículo 404 del Código Penal por faltar el dolo como elemento subjetivo de lo injusto y el elemento esencial del tipo.

4. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, por entender que la actuación del recurrente, relacionada en los hechos probados, no esta tipificada en el artículo 404 del Código Penal e inaplicación de los artículos 405 y 131 del Código Penal.

5. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida de los artículos 16, 33 y concordantes de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía, por entender que el recurrente cubrió los puestos de trabajo de la Dirección General que quedaron vacíos, lo realizó no sólo de conformidad con las Normas y preceptos competenciales.

6. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal, en relación con el 855 del mismo Cuerpo Legal, al existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

7. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los artículos 5.4 y 7.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender vulnerados el derecho a la

tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a no sufrir indefensión. y en ese mismo orden y sentido, del derecho a la defensa, a ser informado de la acusación formulada, y a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para la defensa, amparados por el artículo 24, 1º y 2º de la Constitución. Entendiendo vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución por infracción del principio de presunción de inocencia por haber sido condenado sin prueba suficiente y existiendo contradicción en el fallo con respecto a la fundamentación jurídica.

El recurso formalizado por Maximo

1. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del articulo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender vulnerado el artículo 24.1 de la Constitución, infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, con manifiesta vulneración del derecho a conocer la acusación, lo que ha causado indefensión, con lo que se vulnera asimismo el artículo 6.3.a) del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1.950 (en delante, CEDH), y el artículo 14.3.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1.966, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución.

2. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del articulo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución , infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, con especial infracción del principio acusatorio, así como del derecho a un proceso debido y del derecho a un juez imparcial. La sentencia condena por hechos diferentes a los que fueron objeto de la acusación por el Ministerio Fiscal respecto del recurrente.

3. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del articulo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución y de los artículos 5.4 y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, en relación también con el principio acusatorio y la presunción de inocencia, por cuanto en los hechos probados de la sentencia se hace continua referencia a las subvenciones, resultando que el delito de fraude de subvenciones del que acusaba la Junta de Andalucía fue expresamente excluido por el auto que resolvía las cuestiones previas planteadas, no incluyendo el Ministerio Fiscal en su acusación ningún hecho relativo a las citadas subvenciones.

4. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución y del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un procedimiento con todas las garantías, y el derecho a ser informado de la acusación, al haberse admitido una acusación sorpresiva en cuanto al delito de falsedad en documento mercantil, con lo que se vulnera asimismo el artículo 6.3.a) del CEDH, el artículo 14.3.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1.966, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución.

5. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del articulo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución, por infracción del derecho a un juez imparcial, por considerar que el magistrado ponente y presidente de la sala mantuvo una actuación inquisitiva durante el desarrollo del juicio oral, sustituyendo la actuación de la acusación particular y la del Ministerio Público, formulando preguntas de forma constante y reiterativa de carácter marcadamente acusatorio, llegando mucho más allá de aquello que las acusaciones planteaban, sin que se realizara por el contrario pregunta alguna en interés de la defensa o de la inocencia de los acusados.

6. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, en relación con el derecho a obtener una resolución judicial motivada del artículo 120.3 y el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 del texto constitucional, por motivación insuficiente e ilógica de la sentencia e improbabilidad de la versión judicial de los hechos.

7. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución , así como del artículo 48.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuanto garantes del principio de presunción de inocencia, al considerar que el recurrente ha sido condenado sin que haya existido prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, en una resolución basada en meras conjeturas sobre una especie de actuación colectiva ajena al resultado de las pruebas practicadas.

8. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, toda vez que el tribunal a quo alcanza su convicción sobre unos indicios o hechos base que no son indubitados y a través de una serie de inferencias que, o bien se apartan del discurso lógico, o bien son excesivamente abiertas como para establecer las conclusiones de la sentencia.

9. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de preceptos de la Ley 6/1983 de 21 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza (art. 42) que remite al artículo 77 de la Ley de 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la Ley 9/2007 de 22 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía (Laja), la ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleo Público, así como los Decretos de Estructura del Estatuto Orgánico a 103/2004 relativo a la Consejería de Empleo núm. 204/2004 y 118/2008 y resto de normativa aplicable que se cita en el cuerpo de este motivo, pues la sentencia basa la condena en la actuación del recurrente como Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía en el ejercicio de sus funciones y competencias con infracción manifiesta de esas normas competenciales.

10. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.1; 24.2 y 120.3 de la Constitución por falta de motivación de la sentencia en lo referente al delito de malversación de caudales públicos.

11. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de preceptos penales en relación con los delitos por los que se condena a mi representado y en concreto respecto al artículo 404 del Código Penal que tipifica la prevaricación de los funcionarios públicos y autoridades. se infringe dicho precepto y se produce una aplicación indebida del mismo.

12. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración de la ley, por aplicación indebida de los artículos 432 y 74.1 del Código Penal, por cuanto de los propios hechos probados que recoge la sentencia no es posible articular una condena a mi representado por el delito continuado de malversación de caudales públicos.

13. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de la ley, aplicación indebida de los artículos 390.1º y 4º y 74.1 del Código Penal, al condenar al recurrente por un delito de falsedad en documento público.

14. Por infracción de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se articula este motivo por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, cuando nos encontramos ante hechos sucedidos en la década anterior y de un procedimiento que sin justificación alguna se ha extendido durante años.

15. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 109 del Código Penal y del artículo 120.3 de la Constitución, en cuanto se condena al recurrente a indemnizar en concepto de responsabilidad civil a la Junta de Andalucía con manifiesta infracción legal.

16. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El recurso formalizado por Nicolas ,

1. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía de los artículos 852 Ley Enjuiciamiento Criminal, 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el artículo 24 de la Constitución lo que se denuncia a efectos del artículo 44. c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional:

2. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía de los artículos 852 Ley Enjuiciamiento Criminal, 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio acusatorio que forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal consagradas en la Constitución Española, artículos 24.1 y 2 de la Constitución, lo que se denuncia a efectos del artículo 44. c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

3. Por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la infracción del artículo 404 del Código Penal y artículo 74 del Código Penal, al haberse aplicado de forma indebida las citadas normas, por cuanto de los hechos probados de la sentencia recurrida no resulta que el recurrente haya cometido el delito continuado de prevaricación por el que se le condena.

4. Por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la infracción del artículos 432 y 74 del Código Penal, al haberse aplicado de forma indebida las citadas normas por cuanto de los hechos probados de la sentencia recurrida no resulta que el recurrente haya cometido el delito continuado de malversación de caudales públicos por el que se le condena.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

5. Por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la infracción de los artículos. 390.1.4º, 392 y 74 todos ellos del Código Penal, al haberse aplicado de forma indebida las citadas normas por cuanto de los hechos probados no resulta que el recurrente haya cometido el delito continuado de falsedad en documento oficial por el que se le condena.

6. Por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la infracción de los artículos. 66 y 74 del Código Penal, por aplicación indebida de la continuidad delictiva

7. Por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la infracción del artículo 21.6 del Código Penal, al no apreciar la atenuante de dilaciones indebidas.

8. Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al haberse infringido un precepto penal de carácter sustantivo, concretamente por indebida aplicación del artículo 109 del Código Penal.

9. Por infracción de ley al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir documentación que muestran el error en la apreciación de la prueba el Rollo de Sala, foliado, conteniendo toda la documental que fue valorada en las distintas sesiones celebradas.

10. Por quebrantamiento de forma, al amparo de los números 1º, 3º del artículo 851 Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir manifiesta falta de claridad y contradicción entre los hechos declarados probados.

El recurso formalizado por Adelina

1. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender infringido el artículo 24.1 de la Constitución, vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, con manifiesta vulneración del derecho a conocer la acusación, al privar a la recurrente saber exactamente los hechos por los que venía siendo acusada, causando indefensión a la misma, con lo que se vulnera asimismo el artículo 6.3.a) del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertados Fundamentales, de 4 de noviembre de 1.950 (en delante, CEDH), y el artículo 14.3.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1.966 (en adelante, PIDCP), en relación con el artículo 10.2 de la Constitución.

2 Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender infringido los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución l, infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, con especial infracción del principio acusatorio, así como del derecho a un proceso debido y del derecho a un juez imparcial. La Sentencia condena por hechos diferentes a los que fueron objeto de la acusación por el Ministerio Fiscal respecto de la recurrente

3. Por infracción de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de los artículos 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender vulnerado el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución , infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, en relación también con el principio acusatorio y la presunción de inocencia, por cuanto en los hechos probados de la sentencia se hace continua referencia a las subvenciones, resultando que el delito de fraude de subvenciones del que acusaba la Junta de Andalucía fue expresamente excluido por el Auto que resolvía las cuestiones previas planteadas, no incluyendo el Ministerio Fiscal en su acusación ningún hecho relativo a las citadas subvenciones.

4. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender vulnerados los artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución y de los artículos 5.4 y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a ser informado de la acusación, a un procedimiento con todas las garantías, al haberse admitido una acusación sorpresiva, con lo que se vulnera asimismo el artículo 6.3.a) del CEDH de 4 de noviembre de 1950, el artículo 14.3.a) del PIDCP, de 19 de diciembre de 1966, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución española, en referencia al delito de falsedad en documento mercantil, por el que se condena a la recurrente, cuando en la instrucción nunca se le imputó hecho alguno que tuviera que ver con ese delito.

5. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución , por vulneración del derecho fundamental a un juez imparcial, producido por un Magistrado Ponente y Presidente de la Sala con una actuación inquisitiva, sustituyendo la actuación de la acusación y en particular la del Ministerio Público, formulando preguntas de forma constante y reiterativa siempre, llegando mucho más

allá de aquello que las acusaciones planteaban en interés de fundar una Sentencia condenatoria, sin que nunca se realizaran por el contrario preguntas en pro de la defensa o de la inocencia de los acusados.

6. Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión del artículo 24.1 de la Constitución, en relación con el derecho a obtener una resolución judicial motivada del artículo 120.3 y el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 del Texto Constitucional, por motivación insuficiente e ilógica de la Sentencia e improbabilidad de la versión judicial de los hechos.

7. Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución y de los artículos 54 y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como del artículo 48.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuanto garantes del principio de presunción de inocencia, por condenar a la recurrente sin prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, en una resolución basada en meras conjeturas sobre una especie de actuación colectiva ajena al resultado de las pruebas practicadas.

8. Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, puesto que el Tribunal a quo alcanza su convicción sobre unos indicios o hechos base que no son indubitados y a través de una serie de inferencias que, o bien se apartan del discurso lógico, o bien son excesivamente abiertas como para establecer las conclusiones de la sentencia.

9. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de preceptos de la Ley 6/1983 de 21 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza (art. 42) que remite al artículo 77 de la Ley de 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado, la Ley 9/2007 de 22 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleo Público, así como los Decretos de Estructura del Estatuto Orgánico a 103/2004 relativo a la Consejería de Empleo, pues la Sentencia basa la condena en la actuación de mi representada como Secretaria General Técnica de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía en el ejercicio de sus funciones y competencias con infracción manifiesta de esas normas.

10. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 432 y 74.1 del Código Penal, por cuanto de los propios hechos probados que recoge la Sentencia no es posible articular una condena a mi representada por el delito continuado de malversación de caudales públicos.

11. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al entender vulnerados preceptos penales en relación con los delitos por los que se condena a la recurrente , y en concreto respecto de la vulneración del artículo 404 del Código penal que tipifica la prevaricación de los funcionarios públicos y autoridades.

12. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 390.1º y 4º, 392 y 74.1 del Código Penal, toda vez que en los hechos probados no se consigna falsedad alguna que pueda subsumirse en esos tipos penales respecto de la recurrente.

13. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de preceptos de la Ley 6/1983 de 21 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza (art. 42) que remite al artículo 77 de la Ley de 6/1997 de 14 de abril de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado, la Ley 9/2007 de 22 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleo Público, así como los Derechos del Estatuto Orgánico a 103/2004 relativo a la Consejería de Empleo, pues la Sentencia basa la condena de la recurrente como Secretaria General Técnica de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía en el ejercicio de sus funciones y competencias con infracción manifiesta de esas normas.

14. Infracción de precepto constitucional, por la vía del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por vulneración del artículo 24.2 de la Constitución, y de los artículos 5.4 y 7.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, cuando nos encontramos ante hechos sucedidos en la década anterior y de un procedimiento que sin justificación alguna se ha extendido durante años. No cabe ampararse en la complejidad de la causa, que sencillamente no existe, siendo improcedente la no aplicación de la atenuante correspondiente.

15. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 109 del Código Penal, en cuanto se condena a la recurrente a indemnizar en concepto de responsabilidad civil a la Junta de Andalucía con manifiesta infracción legal.

16. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por existir error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Incongruencia omisiva fáctica.

El recurso formalizado por Amelia y Celsa , herederas del recurrente fallecido, Roman

1. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denunciándose la infracción el principio de igualdad de armas y contradicción, del derecho de defensa, así como el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9 de la Constitución.

2. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del artículo 24 párrafo 2º de la Constitución, que consagra el derecho fundamental a un procedimiento con todas las garantías legalmente establecidas

3. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24, párrafo 2º de la Constitución, por no existir una actividad probatoria valida de cargo en que fundamentar un fallo condenatorio para el recurrente.

4. Por vulneración de precepto constitucional, por la vía del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24, párrafo 2 de la constitución, por no existir una actividad probatoria mínima de cargo en que fundar un fallo condenatorio del recurrente y aplicación indebida de los tipos penales por los que ha sido condenado.

5. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no aplicación del artículo. 21.6 del Código Penal.

El recurso formalizado por Samuel

1. Por infracción de precepto constitucional, por la vía del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al vulnerarse el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución.

2. Por infracción de precepto constitucional, por la vía del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1 de la Constitución.

3. Por infracción de precepto constitucional, por la vía del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, establecido en el art. 24.2 de la Constitución,

4. Por infracción de precepto constitucional, por la vía del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al vulnerar el derecho fundamental de ser juzgado en un proceso con todas las garantías y sin sufrir indefensión, según se establece en el artículo 24.2 de la Constitución, por no conocer temporáneamente el alcance y contenido de la acusación y quedar sumido en una completa indefensión.

5. Por infracción de precepto constitucional, por la vía del artículo 5, número 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, de conformidad con el artículo 24.2 de la Constitución.

6. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 390.1.4 y 392, por cuanto al recurrente, como particular, no le es aplicable la falsedad ideológica del número 4º del aquel precepto, pues al particular solo le son aplicables las tres primeras modalidades falsarias del artículo 390.1 del Código Penal

7. Por infracción de ley, de conformidad con el contenido del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al existir error de hecho en la apreciación de la prueba y valorarlas en perjuicio del recurrente.

8. Por quebrantamiento de forma, de conformidad con el contenido del artículo 851.1 y 2, por las contradicciones y sus hechos probados que declara la sentencia, basando la condena en meras intuiciones, obviando las pruebas favorables al recurrente.

6. Instruidas las partes de los recursos interpuestos, manifiesta:

La representación procesal de Maximo , solicita la celebración de vista y la adhesión a los motivos interpuestos por cada uno de los recurrentes que sean de aplicación en su beneficio especialmente los distintos motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Adelina condenada por los mismos delitos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La representación procesal de Nicolas , solicita la adhesión a los recursos formulados por los demás recurrentes, en todos aquellos efectos que le beneficie.

La representación procesal de Adelina , solicita la adhesión a los motivos interpuestos por cada uno de los recurrentes que sean de aplicación en su beneficio especialmente los distintos motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Maximo , condenado por los mismos delitos.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito de 11/12/2020, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La Letrada de la Junta de Andalucía, no se opone ni impugna los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Adelina , Maximo y . Manuel , y se opone a la admisión de los motivos de casación e impugna los recursos interpuestos por las representaciones procesales de y Samuel , Amelia y Celsa (herederas de Roman), y Nicolas .Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró el día 27/04/2023. Al acto compareció la letrado recurrente doña Silvia López Hernández Gil (en sustitución del letrado D. José Carlos Palma Pérez) en la defensa de Manuel ; el letrado recurrente D. Adolfo Cuellar Portero, en la defensa de Maximo ; la letrada recurrente ña Inmaculada Torres Moreno, en defensa de Nicolas ; el letrado recurrente D. Manuel José Salinero González-Piñero, en defensa de Adelina ; no comparece el letrado recurrente D. Rafael Ramírez García, en defensa de Amelia y Celsa (herederas del fallecido Roman); y el letrado recurrente D. José Carlos Blandino Francés, en defensa de Samuel . También comparecieron el Ministerio Fiscal y por la Junta de Andalucía la letrada doña María Victoria Gálvez Ruiz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE DON Roman

1. Vulneración del principio de igualdad de armas y de contradicción, del derecho de defensa y del principio de seguridad jurídica: falta de motivación de la sentencia

En el primer motivo de este recurso, con cita del artículo 5.4 de la LOPJ, se censura la sentencia por la lesión de distintos derechos fundamentales, tales como el derecho a la igualdad, el de contradicción, el de defensa y el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE.

En el desarrollo del motivo se lleva a cabo una censura general de la sentencia de la Audiencia Provincial para concluir que carece de la suficiente motivación.

Se argumenta que el tribunal de instancia ha condenado a partir de una acusación genérica; que en la sentencia no se concretan los hechos ni los preceptos infringidos; que no se precisan los motivos que sustentan la condena; que no se expresan las razones por las que se aprecia continuidad delictiva; que los hechos enjuiciados forman parte de una unidad de acción natural y no un delito continuado; que el Sr. Roman ha sido condenado por hechos en los que ninguna participación ha tenido, como la incorporación de trabajadores de la empresa UMAX a FAFFE y después a SAE; que se le condena al pago de todas las responsabilidades civiles sin diferenciar los distintos periodos en que se desarrollaron los hechos, en alguno de los cuales no intervino; que la sentencia no explica la existencia de concierto de voluntades entre los distintos acusados.

En el motivo se entremezclan argumentos impugnativos de diversa naturaleza, ya que hace referencia a vicios de la sentencia, a deficiencias en el juicio de tipicidad, a la insuficiencia de la prueba o a su correcta valoración, infringiéndose de esta forma el mandato contenido en el artículo 874 de la LECrim, que obliga a estructurar el recurso en motivos de casación separados.

En cualquier caso, el eje central de la impugnación es la falta de motivación de la sentencia por deficiencias en el juicio sobre la prueba y, planteada la cuestión en esos términos, la queja no puede ser atendida.

De un lado, porque no es cierto que la sentencia carezca de motivación, y basta su lectura para comprobar que ha dado contestación extensa y prolija a todas las cuestiones planteadas en el juicio y a todas aquellas que integran el contenido necesario de la sentencia, que abarca tres aspectos relevantes: La fundamentación del relato fáctico que se declara probado, la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas), y las consecuencias punitivas y civiles en el caso de condena (SSTS 84/1998, de 14 de mayo, 584/1998, de 14 de mayo, y 1132/2003, de 10 de septiembre).

Conviene recordar que la exigencia de motivación, que se deriva directamente del artículo 120 CE, no conlleva ni la imposición de una determinada extensión, ni de un determinado nivel de rigor lógico o de apoyo científico, o ni siquiera que se singularicen todos y cada uno de los extremos de un relato que haya podido conducir a la persuasión (no siempre coincidente en los motivos) de los distintos integrantes del tribunal, ni tampoco

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

obliga a dar puntual contestación a todos y cada uno de los argumentos que las partes puedan aducir. De ahí que, según criterio constante de esta Sala, sólo haya lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación cuando la resolución judicial carezca de ella de forma absoluta o cuando contenga una motivación meramente aparente, lo que sucede en los casos en que se parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas o cuando sigue un desarrollo argumental con quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (SSTS 628/2010, de 1 de julio y 770/2006 de 13 de julio).

Desde luego ninguna de tales deficiencias puede predicarse de la sentencia impugnada.

Hay una segunda razón que conduce al rechazo del motivo. Según doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, sustentada en la falta de explicación por los órganos judiciales del proceso deductivo que a partir de las pruebas practicadas carece de entidad autónoma.

En la medida en que toda condena ha de asentarse en pruebas de cargo válidas, suficientes y concluyentes, tal suficiencia incriminatoria ha de ser racionalmente apreciada por el Juez y explicada en la Sentencia, de forma que el déficit de motivación o los errores en la motivación o su incoherencia interna, puestos en relación con la valoración de la prueba y, por tanto, con la existencia de prueba de cargo, supondrían, de ser estimados, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia. Por lo tanto, las distintas quejas que se incluyen en el motivo, relativas a la suficiencia de la prueba y de su motivación, van a ser reconducidas y analizadas conjuntamente desde el prisma de la presunción de inocencia (SSTC 124/2001, de 4 de junio, FJ 8; 186/2005, de 4 de julio, FJ 4; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 2 y 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 2, por todas)

El motivo se desestima

2. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por valoración de pruebas nulas de pleno derecho

2.1 En este segundo apartado del recurso con cita del artículo 5.4 LOPJ y 24.2 CE y con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prohibición de valoración de las pruebas lesivas de derechos fundamentales, conforme a lo establecido en el artículo 11 de la LOPJ, se alega que el tribunal de instancia ha valorado una prueba documental aportada sorpresivamente al juicio por una de las testigos.

Se trata de dos facturas presentadas por doña Matilde , correspondientes a la supuesta asistencia técnica a las elecciones sindicales, contratada por la Dirección General de Trabajo y Seguridad el 29/10/2007, por importe de 281.536,36 euros.

La nulidad de la prueba derivaría, según el recurso, de su aportación sorpresiva en el momento final del juicio, lo que ha privado a la defensa de la posibilidad de interrogar a las personas que figuran en las comunicaciones y de la posibilidad de practicar un informe pericial acerca de esa documental. Se añade que, a consecuencia de esa aportación, se ha deducido testimonio de particulares para la incoación de nuevo procedimiento penal y es en el marco de esa nueva investigación donde habrá de valorarse si existe o no algún tipo de responsabilidad, siendo improcedente la valoración del citado documento en este proceso.

2.2 Visionada la grabación del juicio (video 16, correspondiente a la sesión del día 16/01/2019) se ha comprobado que la testigo presentó los documentos y el tribunal concedió un turno de intervención a las partes para que manifestaran si solicitaban su incorporación. Las dos acusaciones solicitaron la incorporación de los documentos y la defensa del Sr. Roman se opuso alegando que eran simples fotocopias. El tribunal acordó su admisión al amparo de lo dispuesto en el artículo 729 de la LECrim.

De conformidad con lo que previene el artículo 729.3 de la LECrim podrán admitirse con posterioridad a las pruebas propuestas, tanto en los escritos de calificación, como al inicio del juicio, *"las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el tribunal las considera admisibles"*.

Del citado precepto se infiere sin necesidad de un gran esfuerzo argumental que el tribunal puede admitir en cualquier momento del juicio las pruebas que tengan influencia o relevancia para establecer el valor probatorio de un determinado testimonio y en este caso se admitió la incorporación a autos como prueba documental de las dos facturas antes referenciadas, porque eran dos evidencias documentales que podían ser relevantes para destacar la relevancia del testimonio prestado por la Sra. Matilde . Se trataba de una testigo, que trabajó como asesora del acusado Sr. Nicolas , y que prestó declaración, entre otros extremos, sobre los pagos recibidos por UMAX.

Los documentos aportados tenían relación con el testimonio prestado y sirvieron exclusivamente como un elemento indiciario para acreditar su veracidad, de ahí que su incorporación al proceso se produjera de acuerdo con las previsiones legales, sin que la decisión del tribunal haya supuesto lesión alguna del derecho a un

proceso justo, máxime si se tiene en cuenta que la documentación es cuestión, como la propia sentencia reconoce, no fue especialmente relevante en cuanto se refería a pagos que no eran objeto del procedimiento y de los que no se acreditó siquiera que se hubieran producido de forma efectiva, razón por la que se dedujo testimonio de particulares para abrir una investigación específica sobre los mismos.

2.3 Se interesa la nulidad porque los documentos aportados lo fueron mediante fotocopia y al realizarse la aportación durante el juicio ni se pudo adverar la documental mediante prueba testifical ni tampoco proceder a su cotejo pericial.

La alegación no puede ser apreciada positivamente porque la LECrim permite, según hemos razonado anteriormente, la aportación del documento durante el juicio. El hecho de que no se advere mediante testifical o no se proceda a su cotejo no es causa de nulidad sino circunstancias que pueden influir negativamente en su valoración probatoria.

En la categoría general de las "pruebas ilícitas" se viene distinguiendo entre la prueba nula y la prueba irregular. Prueba nula sería aquella que se obtiene con violación de derechos fundamentales y, conforme a las previsiones del artículo 11.1 de la LOPJ, una prueba obtenida de esa forma determina su nulidad y la de las pruebas que de ella deriven. Desde la STC 114/1986 del Tribunal Constitucional se viene afirmando que el derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la CE sólo puede ser enervado mediante pruebas de cargo que hayan llegado al proceso con las debidas garantías y que, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias del proceso y también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes (Art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios con desprecio a los derechos fundamentales de otro.

De otro lado, las pruebas pueden adolecer de irregularidades derivadas, no de la lesión de derechos fundamentales, sino de las normas que disciplinan la forma de ejecución o el modo de incorporación al proceso de cada prueba. Ese tipo de irregularidades pueden dar lugar también a la nulidad de la prueba, pero no de las derivadas, y pueden, en algunos casos, resultar irrelevantes y no dar lugar a ningún tipo de invalidez.

En este caso la prueba documental aportada mediante fotocopia no se obtuvo con vulneración de derechos fundamentales ni tampoco con quebranto de normas procesales, por lo que la cuestión que se suscita en el motivo no es un problema de nulidad o invalidez sino de valoración probatoria (STS 1248/2004, de 29 de octubre).

2.4 Pues bien, residenciando la cuestión en este último ámbito, la admisión como prueba de una fotocopia no es una decisión que contravenga norma procesal alguna o siquiera la doctrina jurisprudencial, en la medida en que si bien es cierto que en ocasiones esta Sala ha manifestado su desconfianza hacia los documentos aportados mediante fotocopia, exigiendo su adveración mediante prueba testifical o mediante cotejo con el original, también se ha admitido ese tipo de documentos sin necesidad de esas formalidades, atendiendo a las circunstancias en cada caso concurrentes. Nuestra doctrina no siempre ha sido uniforme en este particular.

En efecto, según se expone con detalle en las SSTS 896/2012 de 21 de noviembre y 429/2013, de 21 de mayo, esta Sala ha manifestado por lo general su desconfianza hacia los documentos aportados mediante fotocopia. Y así, en la STS 2449/93, de 29 de octubre, se dijo que "las fotocopias no tienen por sí mismas, ningún valor probatorio, por no gozar de garantía alguna en cuanto a la manipulación de su contenido y por carecer de la demostración de autenticidad. La doctrina de este Tribunal ha negado virtualidad a efectos documentales a las fotocopias - sentencia de 8 de marzo de 1986 - y a la fotocopia no reconocida - sentencia de 28 de octubre de 1986 - admitiéndose tan sólo la autenticada de un documento original - sentencia de 1 de febrero de 1989".

En esa misma dirección la STS 1453/2004, de 16 de diciembre, negó a las fotocopias el carácter de documento porque "son de muy fácil trucaje, manipulación o distorsión que puede realizarse por cualquiera, incluso por simples escolares, mediante el empleo de técnicas sencillísimas al alcance de cualquier persona que tenga unos conocimientos mínimos al respecto, pues basta con modificar, imprimir o añadir al texto original, o incluso a uno ficticio previamente elaborado a tal fin, cualquier otro texto adicional o diferente ajeno al contenido del texto supuestamente auténtico, así como cualquier sello, firma, grabado, gráfico, fecha, origen, destino, marca o símbolo, etc... que pretendiendo darle apariencia de verdadero en realidad no sea tal, simplemente porque se incorpore o extraiga a partir de un montaje fotomecánico realizado simplemente para conseguir su manipulación o inducción al error, de ahí que no goce de la suficiente autenticidad y garantías".

Pero esa línea jurisprudencial se ha ido matizando. En algunas resoluciones se ha atribuido a la fotocopia el valor de documento privado, supeditado a su cotejo con el original. Así en la STS 24/04/1988 se declaró que "las fotocopias, particularmente cuando son muchas sobre unos extremos similares, no carecen de modo absoluto de validez a efectos de prueba...Se trata de documentos privados cuyo valor ha de apreciar el Tribunal

de instancia en relación con el resto de las pruebas practicadas. Ahora bien, por si mismas, las fotocopias no prueban nada, sino que, como en la pericia, son un objeto a probar, es decir, que hay que probarlas cuando la falta el requisito de la autenticidad". En la misma dirección la STS 07/10/1991 declaró que la fotocopia de documentos es un medio de reprografía hoy admitido en el trafico jurídico que pueda alcanzar autenticidad una vez cotejada con el original por fedatario público, lo cual le hace apta para poder inducir a error en el entorno de la falsedad en general". No obstante lo anterior, sienta el principio de que la fotocopia "solo tiene carácter de documento cuando este certificada, en tanto que la naturaleza intrínseca del documento exige que se perpetué y pruebe su contenido, garantizando, la identidad de quien ha emitido declaración de voluntad. La fotocopia de un documento es sin duda otro documento como escrito que refleja una idea, obteniéndose por medio de ello una reproducción fiel o imitación exacta del original, dotando a la 'copia solo de una apariencia de realidad cada vez más acentuada dado el alcance tecnológico últimamente producido. Sin embargo, la transmisión dé la imagen por medio de la reproducción fotográfica no significa que se transmita también su naturaleza jurídica en cuanto que ésta viene determinada por la concurrencia de una serié de factores que no se dan en el momento de la reproducción, como no sea a través de la autenticación por quien corresponda".

En otras sentencias se ha reconocido valor probatorio a las fotocopias en caso de ausencia de impugnación. Así en la STS 23/05/2006 declaramos que "el carácter pretendidamente no documental de una fotocopia no es tal, según preceptúa el art. 268.2 LEC, que puede producir los mismos efectos que cualquier otro documento si no se cuestiona por las partes".

Y en la STS 17/10/2009, se da un paso más afirmando que "si la parte a quien perjudique el documento presentado por copia reprográfica impugnare la exactitud de la reproducción se cotejará con el original, si fuese posible, y, no siendo así, se determinaría su valor probatorio según las reglas de la sana critica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas"

En esta última dirección se ha admitido el valor probatorio de las fotocopias en función de las circunstancias concretas de cada caso. Así en la STS 07/07/2009, con cita de la STS 14/04/2000, 2228/2001, de 22 de noviembre, "resulta difícilmente sostenible una exclusión radical como elemento probatorio de esta especifica clase de documentos" y en la STS 476/2004, de 28 de abril, se señala que "no aparecen obstáculos insalvables que impidan que el tribunal sentenciador pueda valorar el contenido de los documentos que obren en fotocopias en la causa, si bien debe actuarse con prudencia y dicha valoración haya de ser protegida por las cautelas y precauciones pertinentes". También en la STS 811/2004, de 23 de junio, se declara que "es doctrina de esta Sala que las fotocopias de documentos pueden valer como documento, habrá que estar a un examen en cada caso, pero desde luego no es exacto que toda fotocopia de documento carezca per se de valor alguno".

Por lo tanto y en conclusión, la admisión de la prueba documental mediante fotocopia ni ha lesionado el derecho fundamental invocado ni se ha producido mediante la violación de las normas procesales. Es lícita la aportación de documentos mediante fotocopia y su valoración como prueba documental, en caso de impugnación por alguna de las partes, está sujeta a la prudente valoración del tribunal en función de las circunstancias concurrentes. En este caso se produjo una impugnación meramente formal sin que se aportara dato alguno que permita sospechar algún tipo de manipulación en los documentos aportados por lo que su valoración como prueba fue conforme a derecho, todo ello al margen de su escasa relevancia, según puso de manifiesto el propio tribunal en su sentencia.

Según refiere el Ministerio Público, incluso prescindiendo de la valoración de estos dos puntuales documentos, la conclusión probatoria de la sentencia no sufriría modificación alguna. Los pagos por medio de FAFFE a partir del año 2007 están acreditados, a juicio del tribunal, por muchas otras pruebas, siendo la que ahora se impugna marginal y de refuerzo. Las pruebas valoradas por el tribunal para acreditar este hecho fueron las siguientes: (i) La declaración del liquidador de FAFFE; (ii) Los expedientes de UMAX; (iii) La declaración del Sr. Carlos Jesús ; (iv) La documentación remitida por la Dirección General de Relaciones Laborales; (v) La declaración de la Secretaria General Técnica, doña Noemi ; (vi) Las informaciones aportadas por el Inspector Jefe de la UATF; (vii) El documento obrante al folio 85 vuelto de las actuaciones y (viii) el análisis de las subvenciones concedidas a UMAX por parte del Servicio Andaluz de Empleo.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

3.Vulneración del derecho a la presunción de inocencia por inexistencia de pruebas de cargo

3.1 Al amparo de los artículos 5.4 de la LOPJ y 24.2 CE en el tercer motivo se reprocha a la sentencia la vulneración del principio de presunción de inocencia.

En este apartado del recurso se sostiene la legalidad del sistema de contratación utilizado, a partir de unas premisas fácticas que son discrepantes con las establecidas en la sentencia impugnada.

Se mantiene que la administración tenía unas necesidades de personal y se llegó a un acuerdo con don Samuel , confiando en la empresa UMAX, no por razones de amistad o conveniencia personal, sino por su conocimiento del sector público; se afirma también que en función de la cuantía inicial del gasto previsto y porque su ejecución inicial era inferior a un año no era necesaria una contratación con publicidad y libre concurrencia. Y partiendo de esas premisas fácticas, se dice que en la Dirección General se procedió a la contratación conforme a lo que autorizan los artículos 169 a 178 de la Ley de Contratos del Sector Público, así como por lo dispuesto por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Esta defensa considera que en el caso de los contratos menores sólo se precisa la aprobación del gasto y la incorporación de la factura, conforme al artículo 56 del RDL 2/2000 y que, a tenor del artículo 72 de la misma norma, no era necesario un contrato previo por escrito. Se sostiene que las contrataciones se ajustaron a la legalidad, según declaración testifical del Sr. Benjamín , que afirmó la procedencia del contrato menor para este tipo de contrataciones, y que era legal también la realización de contratos verbales. Por otro lado, se dice que la sentencia atribuye al Sr. Roman actos de imposible comisión como la realización de la Memoria de los contratos, función que no correspondía al Director General sino al Jefe de Servicio. También se reprocha que en la sentencia impugnada no se hayan tomado en consideración las declaraciones testificales de la Sra. Emilia y del Sr. Ovidio , ambos jefes de servicio, que han aseverado la legalidad de las contrataciones. Se concluye afirmando que existieron contratos totalmente ajustados a la legalidad vigente sin que en ningún momento y al margen de este proceso se haya cuestionado su legalidad, ni se haya formulado reclamación ante el Consejo Consultivo o se haya instado su nulidad durante los años en que el recurrente ejerció su cargo de Director General de Trabajo, entre los años 2003 a 2008.

3.2 Las premisas fácticas fundamentales de las que parte el motivo casacional carecen de soporte probatorio, entremezclándose cuestiones fácticas y normativas, ya que lo que se afirma para considerar lesionado el principio de presunción de inocencia, no es tanto la prueba que justifica el relato fáctico, sino la condena pese a la legalidad de las contrataciones realizadas.

Según se justifica extensamente en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de la Audiencia Provincial, la contratación litigiosa se produjo mediante acuerdo verbal, según reconocieron en el plenario tanto el Sr. Roman como el Sr. Samuel , y tenía por objeto proveer de trabajadores a la Dirección General de Trabajo de forma permanente y durante un periodo prolongado de tiempo, de 2003 a 2010.

La inicial reclamación formulada por don Samuel por escritos de 07/10/2010 y de 10/10/2011(folios 42 a 46) acredita el objeto de contratación, su precio y la ausencia de un contrato escrito que justificara la relación contractual iniciada en 2003 y mantenida durante varios ejercicios. Esa relación continuada se concreta en los hechos probados de la sentencia en la que se hacen constar los pagos realizados anualmente durante ese periodo y en el fundamento jurídico quinto, donde se concretan los periodos de contratación de cada trabajador, que en la gran mayoría de los casos prestaron servicios por periodos superiores al año y en muchos casos durante varios años.

En esa tesitura y según se justifica en la sentencia impugnada, la contratación contravenía, en primer lugar, lo expresamente previsto en el artículo 55 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, en el que se dispone que *"la Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga carácter de emergencia"*. En este caso no había razones de emergencia para la contratación verbal, ya que conforme el artículo 72 de la norma citada la situación de emergencia sólo concurre en casos de acontecimientos catastróficos o de situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional.

En cuanto a los contratos menores, la sentencia sostiene la improcedencia de su aplicación porque en contrataciones de consultoría, asistencia y servicios esta clase de contratos sólo puede utilizarse cuando la cuantía anual no exceda de 12.020,24 euros (artículo 201 RDL 2/2000) y en este caso se llevaron a cabo contrataciones de personal por cuantía muy superior. Además, se precisa en la sentencia que no se tramitaron expedientes administrativos de contratación, por lo que no hubo justificación de la misma. Se añade:

"se ha vulnerado la prohibición de la prórroga del contrato menor, su limitación temporal a un año, la imposibilidad de fraccionamiento del objeto del contrato y su división en lotes sin una debida justificación en un expediente previo y, como sucede en este caso, se han eludido los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que en cuanto al personal, sea funcionario o laboral, debe realizarse de acuerdo con la oferta de Empleo Público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. Si se hubiera tratado realmente de contratos menores por necesidades puntuales, debería haber tenido reflejo en la vida laboral de los trabajadores con continuas altas y bajas, y no una continuidad en la prestación de sus servicios que es lo realmente sucedido".

En lo que respecta a los contratos por procedimiento negociado sin publicidad no consta que se cumplieron los presupuestos que se exigen en el artículo 210 del RDL 2/2000 para su utilización (falta de adjudicación en procedimiento abierto, necesidad de adjudicación a una empresa concreta por razones técnicas o artísticas, imperiosa urgencia o circunstancias imprevistas, etc.), señalando la sentencia que en todo caso este tipo de contratos no pueden superar la cuantía anual de 30.050,61 euros, cuantía ampliamente superada en este caso.

Por tanto, la utilización del contrato verbal, unido a la utilización simulada de contratos menores y contratos negociados sin publicidad, para dar cobertura formal a las distintas contrataciones realizadas, constituye una flagrante vulneración de las normas de contratación aplicables.

Señala la sentencia que el Director General carecía de competencias para la contratación laboral de personal y que no hubo expedientes de contratación lo que supuso de facto el incumplimiento absoluto de los procedimientos y exigencias establecidas por la ley para asegurar y promover la máxima concurrencia de terceros en la licitación de los distintos contratos públicos, sin que se justifique en el motivo que concurrieran razones jurídicas y amparo normativo para la externalización de estas contrataciones. Las normas invocadas para tratar de justificar la legalidad de las contrataciones no son de aplicación a la situación de hecho enjuiciada.

A la vista de lo que se acaba de exponer nada cabe objetar a la conclusión de la sentencia sobre la palmaria y patente ilegalidad del procedimiento seguido en la contratación. Dice la resolución impugnada:

"No estamos pues, ante una mera irregularidad administrativa, sino ante una contravención legal grave que supone prescindir de las normas esenciales del procedimiento tanto en lo que se refiere a la contratación pública, como en lo que se refiere al acceso al empleo público: se contrata a una empresa carente de conocimientos técnicos para que seleccione una serie de personas a dedo para su incorporación a la Administración Pública, eludiendo cualquier posible concurrencia pública que permitiese hacer efectivo los principios de mérito y capacidad que deben presidir la contratación administrativa, además de dejar en manos de terceros la decisión sobre dinero público, al concederle la facultad de fijar su salario, a más de otorgarle por esta actuación ilegal un beneficio empresarial y tener que abonar unos impuestos que de haber actuado correctamente, no tendría que soportar la Administración a nombre de la cual se contrata" (FJ 5º).

El motivo se desestima.

4. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

En el motivo cuarto del recurso también se denuncia la infracción del derecho a la presunción de inocencia. Se alega que el proceso razonador seguido por el tribunal a quo no se ajusta a criterios valorativos de prudencia y racionalidad a la hora de analizar la prueba, sino que se recurre a una construcción artificiosa de la realidad y de la prueba practicada, conculcando gravemente el derecho a la presunción de inocencia que ampara al recurrente.

4.1 En este contexto se afirma que el Sr. Roman ninguna intervención tuvo en las contrataciones, siendo incierto que las personas contratadas pertenecieran a su círculo de amistades, tal y como manifestaron numerosos testigos, cuyas declaraciones no han sido tomadas en consideración.

En relación con el delito de prevaricación se alega que el recurrente no dictó resolución arbitraria alguna y en cuanto al delito de malversación se aduce que no tenía facultad alguna para contratar, que correspondía funcionalmente a los jefes de servicio. Se señala que no hubo perjuicio alguno para el erario público porque se prestaron los servicios contratados y que no se ha practicado prueba pericial para acreditar el supuesto perjuicio ocasionado, a pesar de que dicha prueba fue interesada por la defensa. Sorprende a la parte que la acusación particular interese la condena por falsedad en los contratos y que, por el contrario, el Ministerio Fiscal encuentre la falsedad en las facturas, a pesar de que el recurrente no intervino ni en la contratación ni en la elaboración de las facturas.

4.2 Dado que la vulneración del principio de presunción de inocencia es una alegación común a todos los recursos conviene hacer una sucinta referencia a nuestra doctrina sobre el particular, doctrina que es reiterada y bien conocida.

Cuando se recurre en casación y se invoca el derecho a la presunción de inocencia respecto de sentencias que no han tenido el filtro previo del recurso de apelación nuestro control casacional se desarrolla en diferentes planos. No sólo debe comprobarse la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas sino que debe analizarse la consistencia y suficiencia de las informaciones aportadas para considerar probados los hechos más allá de toda duda razonable. Pero nuestra función no termina con ese análisis. También debe adentrarse en comprobar la racionalidad del discurso valorativo del tribunal de instancia determinando si el valor que se atribuye a las pruebas es conforme con criterios lógicos, con las máximas de experiencia y, en su caso, con

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

el conocimiento científico aplicable. En este ámbito de control procede comprobar si el método de valoración empleado ha tomado en consideración la información derivada de cada prueba y la que pueda deducirse de la valoración conjunta de toda la información probatoria (SSTC 5/2000 , de 17 de enero; 139/2000 , de 29 de mayo; 202/2000 , de 24 de julio; 340/2006 , de 11 de diciembre y SSTS 544/2015, de 25 de septiembre, 125/2018, de 15 de marzo y 688/2020, de 14 de diciembre, entre otras muchas).

La invocación de la vulneración de la presunción de inocencia no supone que podamos suplantar la valoración que el tribunal sentenciador haya hecho de las pruebas practicadas a su presencia, ni que podamos realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir esa valoración. Lo que debemos comprobar es si el tribunal de instancia ha dispuesto de prueba de cargo, suficiente y válida, y si la ha valorado razonablemente.

En ese cometido el canon de suficiencia de la prueba de cargo obliga a que la hipótesis acusatoria quede acreditada más allá de toda duda razonable, situación que no se producirá cuando no se hayan aportado hipótesis de descargo que resulten atendibles o razonables y que, por ello, debiliten la solidez de la tesis acusatoria. La consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria -vid. STS 229/2021, de 11 de marzo-.

No es esta Sala la que tiene que alcanzar una certeza más allá de toda duda razonable respecto de la culpabilidad de los acusados. Lo que debemos comprobar es si el tribunal de instancia la ha obtenido de forma legalmente adecuada y respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, lo que exige que su convicción sea "compartible" objetivamente, aunque no sea "compartida" concretamente. Por esa razón, en la STS 794/2014, de 4 diciembre, precisamos qué se exige en casación para anular una sentencia por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Dice la sentencia:

"no basta con que pudiéramos esgrimir algún tipo de discrepancia en los criterios de valoración de la prueba con el Tribunal de instancia -eso, ni siquiera nos corresponde planteárnoslo-. Sólo debemos sopesar si en el camino discursivo a través del cual el Tribunal ha llegado desde el material probatorio a la convicción de culpabilidad existe alguna quiebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, o si el material probatorio no es concluyente, es decir, es constitucionalmente insuficiente para sustentar una declaración de culpabilidad [...]".

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el canon de suficiencia de la prueba afirmando en la STC 15/2014, de 30 de enero, con abundante cita de otros precedentes que:

"sólo considera insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable" (SSTC 123/2006, de 24 de abril , FJ 5)" (FJ 4), 126/2011 , FJ 25, 209/2007, de 24 de septiembre , 70/2007, de 16 de abril , 104/2006, de 3 de abril , 296/2005, de 21 de noviembre , 263/2005, de 24 de octubre , y 145/2005, de 6 de junio .".

También ha precisado el modo en que debe procederse en este juicio crítico de la valoración de la prueba. El alto tribunal ha declarado;

"se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STC 187/2006, de 19 de junio , FJ 2)". También se ha señalado que , STC 126/2011, de 18 de julio , FJ 22) que, "cuando se aduce la vulneración del derecho a la presunción de inocencia nuestro análisis debe realizarse respecto del conjunto de estos elementos sin que quepa la posibilidad de fragmentar o disgregar esta apreciación probatoria, ni de considerar cada una de las afirmaciones de hecho acreditadas de modo aislado, pues como ya hemos afirmado en no pocas ocasiones no puede realizarse una operación de análisis aislado de los hechos acreditados por el Tribunal sentenciador, ni de desagregación de los distintos elementos de prueba, ni de disgregación de la línea argumental llevada a cabo por el Tribunal Supremo [léase por el órgano judicial]. Es doctrina del Tribunal absolutamente asentada que el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10 ; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3 ; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2 ; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio , FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio , FJ 1)."

4.3 Desde estas premisas habremos de analizar las distintas quejas sobre vulneración del principio de presunción de inocencia.

(i) Se afirma, en primer lugar, que el Sr. Roman ninguna intervención tuvo en las contrataciones cuestionando el juicio de autoría en relación con el delito de prevaricación. Frente a ello cabe señalar que la sentencia declara que la resolución prevaricadora consistió en el otorgamiento de un contrato verbal, prohibido por la normativa aplicable, según hemos justificado en el motivo anterior. Y la prueba del otorgamiento de ese contrato verbal por los señores Roman y Samuel , según se señala en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de la Audiencia Provincial

"resulta acreditada por la propia reclamación presentada por Samuel en nombre de la mercantil UMAX en fecha 7 de octubre de 2010 y 10 de octubre de 2011, recordada el 9 de marzo y 6 de agosto de 2012, en la que solicitaba que se dictara acto de convalidación de gasto y reconocimiento de deuda por importe de 1.550.114,67€, contenido en las facturas que acompañaba, más los intereses legales y moratorios aplicables hasta la fecha del efectivo pago. Escritos dirigidos a la Consejería de Empleo y, dentro de ella, a los Sres. Consejero, Viceconsejero, Director General de Trabajo y Sra. Secretaria General Técnica, cargos, estos últimos que ostentaban los acusados Manuel y Adelina " (FJ 5º).

Además, los propios otorgantes así lo reconocieron en su declaración durante el juicio plenario, según se refiere expresamente en el fundamento jurídico duodécimo de la sentencia de instancia. Por otra parte, la realidad de la contratación viene aseverada por las declaraciones testificales de los trabajadores que en número de 44 fueron contratados por este procedimiento (FJ 7º), por lo que la alegación de ausencia de prueba sobre este extremo carece de justificación.

Conviene precisar que de forma constante esta Sala ha venido reiterado que a efectos del delito de prevaricación administrativa, "por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva, tales como informes, consultas, dictámenes o diligencias" (SSTS 597/2014, de 30 de julio, 787/2013, de 23 de octubre y 311/2019, de 14 de junio, entre otras muchas).

Y en este caso el acto administrativo decisorio expresivo de la declaración de voluntad de la administración fue el propio contrato verbal otorgado por los señores Roman y Samuel , de ahí que no pueda ser atendida la excusa de que el recurrente no intervino en las contrataciones. Su intervención fue directa y el hecho de que no otorgara los contratos menores o los contratos amparados en el procedimiento negociado carece de relevancia, en la medida en que todos estos contratos se simulaban para dar cobertura formal al pago de contrataciones con UMAX.

(ii) Se alega que no es cierto que las personas contratadas pertenecieran a su círculo de amistades, tal y como manifestaron numerosos testigos, cuyas declaraciones no han sido tomadas en consideración.

Tampoco esta alegación puede ser atendida. La sentencia proclama en su juicio histórico que *"alguno de los trabajadores estaban relacionados por vínculos de vecindad y amistad con Roman "* y esa afirmación fáctica tiene como soporte la declaración testifical de algunas de las personas contratadas que manifestaron conocer al Sr. Roman y alguna de ellas que manifestó que envió su curriculum al Sr. Roman antes de ser contratada o que firmaron su contrato en la propia Dirección General de Trabajo, lo que pondría de relieve no sólo que ese conocimiento pudo ser relevante para su contratación, sino que el Sr. Roman tuvo una intervención directa en la contratación.

En el fundamento jurídico duodécimo se precisa que Noelia manifestó que firmó su contrato en la Dirección General de Trabajo, que conocía a Roman de Sierra Norte y que su marido había recibido una subvención de 60.000 euros; Purificacion y Soledad dijeron que conocían a Roman de El Pedroso; Virtudes manifestó que sus padres son de El Pedroso y que fue Roman quien la dijo que mandase el *curriculum* a UMAX; María Dolores manifestó que conocía a Roman del pueblo y que firmó su contrato en la Dirección General de Trabajo; Carlos Antonio también reconoció que conocía a Roman y que le entregó su curriculum y Candida manifestó que se puso en contacto con la empresa INARIA para que le contrataran a través de Roman , que había sido compañero de su padre.

En su descargo la defensa del Sr. Roman alega que no se han tenido en cuenta otros testimonios en sentido contrario pero lo cierto es que los testimonios detallados en la sentencia son elementos indiciarios suficientemente expresivos de la afirmación fáctica de la sentencia y no quedan desacreditados porque otros testigos se manifestaran en sentido contrario.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

(iii) En relación con el delito de malversación se expone que el recurrente no tenía facultad alguna para contratar, ya que esa potestad correspondía funcionalmente a los jefes de servicio y se señala que no hubo perjuicio alguno para el erario público porque se prestaron los servicios contratados, sin que se ha practicado prueba pericial para acreditar el supuesto perjuicio ocasionado, a pesar de que dicha prueba fue interesada por la defensa.

La sentencia de instancia sitúa la acción malversadora en *"el perjuicio causado a las arcas públicas por el pago de un porcentaje en cada uno de los contratos de beneficio empresarial y de unos impuestos"* que no debían realizarse como consecuencia de la ilicitud de la contratación. Se sanciona la conducta del Sr. Roman porque siendo garante del interés público y con conciencia de los métodos ilegítimos aceptó o mantuvo la contratación durante el tiempo en que ejerció el cargo de Director General de Trabajo.

El porcentaje de beneficio empresarial causante del perjuicio a las arcas públicas se reconoció expresamente en reclamación presentada por Samuel en nombre de la mercantil UMAX en fecha 7 de octubre de 2010 y 10 de octubre de 2011. En dicha reclamación se describía el sistema seguido en orden al pago de las facturas que al efecto se libraban. En dicha reclamación se relató lo sucedido en los siguientes términos:

"la retribución de dichos servicios se cifraba en el coste empresa que para UMAX INFORMÁTICA Y CONSULTORÍA SL tenían sus trabajadores adscritos en exclusiva a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, más un porcentaje que en ningún caso era inferior al 20%. Una vez prestados los servicios, se calculaba el coste de seguridad social, adicionándole el citado 20% más los impuestos correspondientes, se producía la pertinente factura las cuales, al menos hasta 2006 inclusive eran abonadas en su totalidad (con bastante dilación respecto a su presentación, pero finalmente eran pagadas).

(iv) A parte de todo lo anterior, en este motivo, junto con argumentos de carácter sustantivo que no tienen encaje en el análisis propio de la presunción de inocencia, se alega que la sentencia no concreta los hechos ni los preceptos infringidos; que no precisa los motivos que sustentan la condena; que se le condena por hechos en los que ninguna participación ha tenido, como la incorporación de trabajadores de la empresa UMAX a FAFFE y después a SAE y que no se explica la existencia de concierto de voluntades entre los distintos acusados.

Tampoco esta alegación puede ser estimada. Ya hemos dicho que la sentencia impugnada concreta con toda precisión los hechos atribuidos al recurrente, constitutivos de delito, y también concreta los preceptos infringidos, cuestión ampliamente abordada en su fundamento jurídico quinto. Y en relación con la existencia de un acuerdo, al menos entre el recurrente y el Sr. Samuel , no ofrece duda alguna su existencia ya que ambos fueron los otorgantes de un contrato verbal contrario a derecho, que sirvió de soporte a las contrataciones de personal realizadas e instrumentadas a través de distintos contratos menores o por procedimiento negociado y a través de distintas facturas, estas últimas para justificar los pagos. Las pruebas acreditativas de todo este proceso están individualizadas en lo esencial en los fundamentos jurídicos quinto a séptimo de la sentencia de instancia, que damos por reproducidos y que resumimos a continuación:

(i) La prueba de la existencia del contrato verbal y de su concreto contenido viene determinada por las siguientes evidencias:

- El contenido de las reclamaciones presentadas por Samuel los días 07/10/2010 y 10/10/2010

- La identificación de personas vinculadas con el Sr. Roman y el Sr. Nicolas , que resultaron beneficiarias de la contratación laboral

- Las declaraciones del Sr. Samuel y de los 44 trabajadores contratados acreditativas de la realidad de la contratación.

- El escrito de la defensa de Samuel (f. 1743) en donde se reconoce el contenido del acuerdo verbal y se precisan las contrataciones y su duración

(ii) El fundamento jurídico de la patente ilegalidad de la contratación viene precisado en la sentencia en los siguientes términos:

- El artículo 55 Decreto Legislativo 2/2000 que prohíbe los contratos verbales. La contratación de personal debe hacer a través de la Oferta de Empleo Público y el Director General de Trabajo carece de competencia para la contratación de personal

- La utilización de contratos simulados (menores- fraccionando actividades prestadas de forma permanente-) y contratos negociados sin publicidad (a pesar de no existir razones de urgencia como calamidades o necesidades vinculadas a la defensa nacional)

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

(iii) La utilización de un sistema de cobro mediante el otorgamiento de contratos simulados y la emisión de facturas también simuladas viene acreditada por las siguientes evidencias:

- La declaración de Roman diciendo que se instrumentalizó el pago con contratos menores con un contenido muy específico, que no era el realizado por el personal de UMAX.

- El Informe del Servicio de Contratación y Convenios de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (f. 1098 vuelto y 1099) en el que se afirma que "de las comprobaciones realizadas y el requerimiento de los distintos contratos formalizados con la interesada, se constata que no existe ninguno que tuviese como objeto la puesta a disposición del personal de UMAX para el ejercicio de actividades que en cada momento fueran requeridas por la extinta Consejería de Empleo, por lo que es presumible que esta puesta a disposición se produjese en el marco de diversas relaciones contractuales de objeto diverso.

- La ausencia de contratos menores escritos que acrediten la condiciones de los acuerdos adoptados para la supuesta concertación.

- La coincidencia temporal de la presentación al cobro de un gran número de facturas con la fecha del documento de justificación motivada del supuesto contrato emitido por el Jefe de Servicio o el Director General (CD apartado expedientes UMAX). Este dato se justifica mediante 9 facturas concretas.

- El Informe de Jose Ignacio , Secretario General de la Delegación Provincial de Málaga (folio, entre otros 1100 y 1101), explicativo de la forma de actuación en los órganos periféricos respecto a UMAX, y del pago de facturas por contratos desconocidos en dichos organismos

- El Informe emitido por Herminia , que fue Secretaria General de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo en Jaén entre enero de 2005 y octubre de 2012, sobre su conocimiento de la relación con UMAX, en el que acompaña dos emails enviados, uno, el 26 de julio de 2007 por Emilia (f-1101 vuelto) a distintos funcionarios de las Delegaciones Provinciales, donde se dan instrucciones precisas sobre como determinar los objetos de los distintos contratos.

- El escrito de la propia defensa de Samuel , de 27/11/2014, en el que se reconoce la existencia de los contratos

- El Informe del Jefe de Servicio de Contratación y Convenios.

- El Informe de Cirilo

- La comunicación de 27/01/11 del Servicio de Administración General y Contratación (f 71) en el que se alude a uno de los contratos de 09/08/2006 por cuantía de 115.697,40 € adjudicado a UMAX

- Las facturas presentadas por Samuel con su escrito de 11/10/201.

(iv) En relación con los pagos efectuados, se alude a los siguientes documentos:

- El informe obrante a los folios 1641 y siguientes, donde se refieren los contratos y pagos realizados por anualidades:

2007- 9 contratos 436.174,76 euros

2008- 12 contratos 740.506,33 euros

2009- 12 contratos 612.099.40 euros

2010- 4 contratos 78.700,00 euros

- La concesión de distintas subvenciones para la financiación de los contratos.

- Las tablas salariales que figuran a los folios 89-90, acreditativas de los pagos de FAFFE a UMAX. El citato documento fue objeto de informe detallado por el Sr. Carlos Jesús

- El informe emitido por Noemi , Secretaria General Técnico de la Consejería de Empleo después de los que ostentaron el cargo y han sido condenados.

- El Informe Inspector de la UATF que relaciona los fondos pagados por FAFFE a UMAX con el siguiente detalle:

2005 *34.506,94 euros*

2006 *5.340,84 euros*

2007 *436.174,76 euros*

2008 *740.506.35 euros*

2009 612.099,40 euros

2010 78.700,00 euros

Y un pago de FAFFE a INARIA de 32.845,3 euros

- La testifical de doña Matilde que trabajó como asesora del Director General de Trabajo, Nicolas y que aportó durante el juicio dos facturas correspondientes a una supuesta asistencia técnica a las elecciones sindicales, contratada por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social con UMAX, una, de fecha 29 de octubre de 2007 por importe de 1.106.973,02 euros y, otra, de asistencia técnica a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la misma fecha por la cantidad de 281.536,36 euros, que carecía de justificación contractual y que fueron descontadas y cedido el crédito de las mismas por Samuel en la Caixa el mismo día, con toma de razón del Director General de Trabajo, Roman .

El motivo, en consecuencia, se desestima.

.

5. Atenuante de dilaciones indebidas

5.1 En el motivo quinto del recurso, utilizando la vía casacional del artículo 849.1 de la LECrim, se denuncia la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Después de hacer una referencia extensa a la doctrina de esta Sala sobre la aplicabilidad de esta atenuante, se alega que debiera apreciarse la atenuante como muy cualificada por la demora en más de un año en la presentación del escrito de calificación por el Ministerio Fiscal.

Ese mismo reproche se ha planteado en otros cuatro recursos.

En efecto, en el séptimo motivo del recurso, formulado por la representación procesal de Nicolas , por infracción de ley y con cita del artículo 849.1 de la LECrim, se argumenta que *"el tiempo invertido en la investigación y enjuiciamiento de este asunto excede de lo óptimo e incluso de lo deseable, estando fuera de toda normalidad y de cualquier parámetro usual, siendo la causa de la misma la propia actuación de la Junta de Andalucía, aportando una documentación sin orden, no respondiendo a los requerimientos del Juzgado, dificultando la investigación, como expresa el informe de la Policía"*. Se señala que la propia actuación del Juzgado de Instrucción, permitiendo la aportación de gran cantidad de documentación, sin orden ni concierto, como la propia policía puso de manifiesto, es lo que ha determinado la prolongación indebida de la instrucción.

Igual queja se formula en el quinto motivo del recurso de don Samuel en el que se afirma que no tiene justificación el lapso de seis años empleado en la tramitación del procedimiento hasta el juicio dado que los informes fundamentales del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía así como del funcionario instructor, don Sergio , datan de 2013 y 2014 y no hay razón que justifique que el juicio se celebrara en 2019.

En la misma dirección, en el motivo décimo cuarto del recurso promovido por don Maximo se pretende también la apreciación de la atenuante del art. 21.6 CP en consideración al excesivo tiempo empleado en la tramitación de la causa. Se argumenta que los hechos ocurrieron mayo de 2004 a mayo de 2008; Las Diligencias Previas se incoaron en 2013 y no se trata de una causa compleja, puesto que solo se han practicado algunas declaraciones de acusados y testigos y solo hubo un atestado de la policía judicial que se amplió mediante determinados oficios. Se señala como períodos de dilación el periodo de un año transcurrido desde la denuncia inicial hasta la citación por Auto de 14 de abril de 2014 para declarar como testigos a varios trabajadores. También que la declaración de don Samuel se demoró más de cuatro meses y que el Fiscal tardó más de un año en presentar su escrito de conclusiones provisionales.

Por último, en el décimo cuarto motivo del recurso de doña Adelina se insiste en que la causa tardó seis años en su tramitación y que el Fiscal se demoró un año en formular acusación, destacando que la propia resolución impugnada reconoce el incumplimiento del plazo para dictar sentencia.

En la vista del recurso de casación las distintas defensas han solicitado que para la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas se tenga en consideración el lapso de tres años que se ha empleado para la resolución del presente recurso.

Dado que todos los recursos tienen un fundamento similar van a ser objeto de una única contestación.

5.2 Para contextualizar nuestra respuesta no es superfluo hacer una pequeña reseña de nuestra doctrina sobre esta circunstancia atenuante.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio introdujo en nuestro Código Penal como causa de atenuación en el artículo 22.6 la "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuibles al propio inculpado y que ya no guarde proporción con la complejidad de la causa", que ya había sido reconocida y aplicada por la doctrina de esta Sala, como así lo reconoció expresamente la

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Exposición de Motivos de la Ley en la que se justificaba la reforma diciendo que " *se ha considerado conveniente otorgar carta de naturaleza legal a la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, recogiendo los elementos fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha construido esta circunstancia como atenuante por analogía".*

Esta Sala viene declarando, antes y después de la reforma legal, que la lesión del derecho a ser enjuiciado en un plazo razonable, producida de forma inexplicable en el propio proceso, constituye un mal equivalente a la pena y su reparación se puede producir en el propio proceso mediante una disminución de la gravedad de la pena. Por lo tanto, esa pérdida de derecho debe reducir correspondientemente la gravedad de la pena, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto de una parte de la gravedad de la culpabilidad (STS. 10 de diciembre 2008). En el mismo sentido, entre otras (SSTS 27 de diciembre 2004, 12 de mayo 2005, 25 de enero, 30 de marzo, 25 de mayo 2010 y, más recientemente, la número 805/2021, de 20 de octubre).

Sin embargo, el derecho a un plazo razonable no se identifica con el cumplimiento de los plazos procesales o, dicho de otra forma, la lesión de ese derecho no se produce por el incumplimiento de los plazos. Se precisa, según exige el precepto antes citado, de una "dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento" por lo que la jurisprudencia de esta Sala ha ido perfilando ese concepto indeterminado.

Siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertadas Fundamentales hemos señalado los datos que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son: La complejidad del proceso, los márgenes ordinarios de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual periodo temporal, el interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles.

Por tanto, para valorar la existencia de la lesión debe procederse al examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama. En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Solé y Martín de Vargas C. España, y las que en ellas se citan).

Desde un plano formal venimos insistiendo en que la apreciación de la atenuante precisa de su denuncia previa y que se concreten en la petición los datos fácticos que justifiquen su existencia, si bien se aprecia una evolución jurisprudencial tendente a apreciar la atenuante por más que no se hayan cumplido las exigencias formales a que nos hemos referido. Así en las SSTS 507/2020, de 14 de octubre y 1497/2010, de 23 de septiembre se afirma que "en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar, porque en el proceso penal, y, sobre todo, durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad".

5.3 En los distintos recursos a que hemos hecho mención se esgrimen dos argumentos centrales en relación con la tramitación del proceso hasta la sentencia de primera instancia.

De un lado, la duración total del procedimiento hasta sentencia por espacio temporal de seis años y, de otro, como dilación más relevante durante ese periodo, la tardanza del Ministerio Fiscal durante un año en presentar su escrito de conclusiones provisionales.

En relación con la primera cuestión la instrucción se prolongó desde el 21/05/2013 hasta el 25 de febrero de 2016, durante algo menos de tres años, periodo en el que no se produjeron dilaciones de relevancia y que no se aprecia como excesivo si se atiende al volumen de documentación incorporada al proceso y analizada, así como a la práctica de numerosas diligencias, entre las que destaca la toma de declaración de los 6 investigados, alguna de las cuales fue objeto de ampliación, y la toma de declaración de 18 testigos.

En la fase intermedia, como señala el Ministerio Fiscal en su informe y previa comprobación por esta Sala, las actuaciones tampoco fueron objeto de paralización en ningún momento y se produjeron las siguientes actuaciones:

"Con fecha 25 de febrero de 2016 se dicta el Auto de transformación a Procedimiento Abreviado (folios 3007 a 3010), dando traslado a las acusaciones para calificar; contra el que se interpuso recurso por la defensa de Nicolas (F. 3015 y 3016) y Samuel (folios 3017 a 3020); a los que el Juzgado dio la correspondiente tramitación: providencia de 30-3-2016 (folio 3021); escrito de adhesión de Roman (folio 3030 y 3031); escritos del Fiscal de 11-4-2016 impugnando los recursos de reforma (folios 3032 y 3033); escritos de impugnación de la Acusación Particular de 12-42018 (folios 3034 a 3039); escrito de alegaciones de varios acusados (folios 3040 a 3052); recursos de reforma de Adelina y Manuel de 28-4-2016 (folios 3055 a 3060); providencia de

3-5-2016 inadmitiéndolo por presentado fuera de plazo (folio 3062); Auto de la Audiencia Provincial de 20-5-2016 desestimando un recurso de queja (folios 3067 a 3069); Auto del Juzgado de Instrucción núm. 10 de Sevilla de 6-6-2016 desestimando la reforma (folios 3072 a 3075); escrito de alegaciones de Maximo de 13-6-2016 (folios 3142 a 3145); providencia de 29-8-2016 (folios 3146); escrito del Fiscal de 20-5-2016 solicitando la práctica de nuevas diligencias (folios 2149 y 2150); providencia de 28-9-2016 acordando su práctica... ; escritos del Fiscal impugnando el recurso de apelación de 13-10-2016 (folios 3253 y 3254); diligencia de ordenación de 4-11-2016 uniendo escrito (folio 3256); escrito de la Acusación Particular impugnando el recurso de apelación de 7-11-2016 (folio 3257); diligencia de ordenación de 10-11-2016 elevando testimonio a la Audiencia para la resolución del recurso de apelación (folio 3259); providencia de 21-11-2016 disponiendo que practicadas las diligencias pasen las actuaciones al Fiscal para calificar (folio 3261); escrito del Fiscal de 9-1-2017 solicitando nuevas diligencias (folio 3262); providencia de 16-1-2017 requiriendo a la SGT para que aporte documentación y denegando la pericial solicitada por el Fiscal (folio 3264); providencia de 13-3-2017, cumplimentado lo interesado, la causa pasa nuevamente al Fiscal para calificar (folio 3283); diligencia ordenación de 203-2017 remitiendo al Fiscal los documentos presentados (folio 3328); y por fin escrito de acusación del Fiscal de 7-6-2017 (folios 3331 a 3336); dictándose con la máxima celeridad por el Juzgado de Instrucción el Auto de 21-6-2017 de apertura del juicio oral (folios 3337 a 3340)".

Con posterioridad se produjeron las siguientes actuaciones:

El 21/06/2017 se dictó el auto de apertura de juicio oral; el 10/07/2017 se dictó providencia sobre tramitación de un recurso de reforma; el 31/07/2017 se dictó diligencia de ordenación dando traslado de documentación a los acusados; el 11/09/2017 se dictó providencia denegando la suspensión de un plazo para entrega de documentos; el 29/06/2017 se dictó providencia inadmitiendo un recurso de reforma; el 28/09/2017 se dio traslado para formular escrito de defensa; el 02/10/2017 se dictó providencia inadmitiendo un recurso de reforma y el 23/10/2017 se dictó providencia uniendo petición y acordando estar a lo proveído el 06/09/2017. Remitidas las actuaciones al órgano de enjuiciamiento, el 06/12/2018 se dictó diligencia designando magistrado ponente; el 18/05/2018 se unieron escritos de Procuradores sobre manifestaciones de posibles fechas de señalamiento del juicio; el 09/11/2018 se produjo comparecencia de las defensas para programar el calendario de sesiones del juicio; el 20/11/2018 se unieron personaciones y distintos escritos y se dictó auto sobre admisión de pruebas, señalando fecha para el juicio. Los días 17, 19, 20, 26 de diciembre siguientes se dictaron distintas resoluciones sobre renuncia de testigos, averiguación de domicilios y señalamiento de diligencias de prueba mediante video conferencia. También se dictaron resoluciones de sentido similar, necesarias para la celebración del juicio los días 8, 9, 10, 11, 21, 22 y 23 de enero de 2019 y 1 y 11 de febrero de 2019, celebrándose el juicio en once sesiones durante los días 8 de enero a 13 de marzo de 2019. La sentencia se dictó el 30/05/2019 .

De cuanto se acaba de exponer se puede concluir que la causa ha tenido un cierto grado de complejidad que justifica los tres años empleados en la fase de instrucción, y dado el número y diversidad de las actuaciones practicadas durante la fase intermedia tampoco apreciamos que se haya producido en esta fase procesal una tramitación inadecuada, bien por manifiesta inacción o paralización, bien por una actividad desordenada o con incidencias no justificables. Lo mismo cabe decir del periodo de tiempo empleado en la convocatoria y celebración del juicio.

Conviene precisar que el tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente porque debe "medirse" en términos funcionales. Ha de evaluarse su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas a la luz del objeto del proceso, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia regularidad en el impulso y la dirección procesal.

En este caso la tramitación total durante seis años está justificada por la complejidad del proceso y por las distintas diligencias y actuaciones llevadas a cabo por los distintos órganos judiciales que han intervenido. Además, no se han producido paralizaciones de relevancia, no ajustándose a la realidad las tesis de algunos recursos relativas a que el Ministerio Fiscal tardó un año en presentar su escrito de calificación provisional. Según hemos reseñado, el Fiscal interesó la práctica de diligencias complementarias que hubieron de ser realizadas y, además, se interpuso recurso contra el auto de conclusión de la instrucción que también hubo de ser tramitado y, después de todo ello el Fiscal tardó tres meses en presentar su escrito, plazo que no se estima excesivo si se atiende al volumen de las actuaciones. Lo mismo cabe decir del periodo que necesitó el tribunal para dictar sentencia, que se explica por la complejidad de la causa, el número de partes y la prolongación del juicio durante 9 sesiones.

5.4 Por último y en relación con la duración de la tramitación del recurso de casación (tres años), que vendría a sumarse a la duración de su tramitación ante la Audiencia Provincial, venimos afirmando que, aun cuando hay poderosas razones para limitar la apreciación de la atenuante en atención a las dilaciones que puedan producirse en fase de recurso y a ellas se refiere extensamente la reciente STS 855/2022, de 28 de octubre, lo cierto es que esta Sala no ha encontrado objeción infranqueable para dotar de eficacia atenuatoria a unas

dilaciones producidas después del juicio oral e incluso después de la sentencia. Son ya muchas las sentencias recaídas asumiendo ese criterio (SSTS 204/2004, de 23 de febrero, 325/2004, de 11 de marzo, 836/2012, de 19 de octubre, 610/2013, de 15 de julio y 935/2016, de 15 de diciembre).

Sin embargo y en lo que a este caso se refiere tampoco apreciamos el tiempo empleado en la tramitación de este recurso de casación constituya una dilación extraordinaria e indebida que justifique la apreciación de la atenuación que se pretende.

Los recursos de casación, por la propia configuración de esta Sala, con competencia única en todo el territorio nacional y con un limitado número de magistrados, todo ello en aras de cumplir la función que le corresponde de unificar la doctrina jurisprudencial, suele tardar una media de un año y medio a dos años en la tramitación de los recursos de casación, sin computar los trámites previos a la intervención de este tribunal. En este caso la tramitación se ha prolongado durante algo más de tres años.

Para valorar si esa tardanza es o no excesiva debe tenerse en consideración que se han presentado cinco recursos sumamente densos. La complejidad de las argumentaciones unida al número de motivos de casación ha requerido de un periodo de estudio importante, durante meses, a lo que se une la relación de este proceso con la causa resuelta en la STS 749/2022, de 13 de septiembre, de una extraordinaria complejidad y que precisó para su resolución de un año, en la que se han fijado los criterios básicos para la resolución de las distintas causas penales que se siguen por las actuaciones llevadas a cabo en la distintos organismos de la Junta de Andalucía, lo que justificó que ese procedimiento fuera el primero en resolverse

Por tanto, si bien es cierto que este procedimiento ha tenido una dilatada duración, también lo es que ha sido proporcionada a su extraordinaria complejidad, razón por la que consideramos que no existe fundamento alguno para la apreciación de la atenuante.

En consecuencia, se desestiman todos los motivos que han interesado la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas.

RECURSO DE Nicolas

6. Vulneración del derecho a la doble instancia, del derecho a obtener una resolución motivada y del derecho de defensa

En el primer motivo de este recurso se desglosa en cuatro submotivos.

6.1 Derecho a la doble instancia

En el primer de ellos se refiere que la sentencia impugnada no ha sido objeto de recurso de apelación previo y que el recurso de casación para cumplir con las exigencias del derecho a la doble instancia en materia penal debería permitir que el tribunal de casación pueda realizar una revisión íntegra de la prueba. Señala el motivo que esta cuestión ya está resuelta por esta Sala, lo cual es cierto, por lo que en realidad no se formula queja alguna sino que se pretende precisar el ámbito de cognición que corresponde a esta Sala ante sentencias que carecen de recurso de apelación previo.

En efecto, el problema al que alude este apartado del recurso ha sido objeto de distintos pronunciamientos por esta Sala.

Así, en las SSTS 470/2015, de 7 de julio y 346/2018, de 11 de julio, hemos dicho que la cuestión acerca de si tras el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000 puede seguir entendiéndose que la actual regulación de la casación penal cumple con las exigencias declaradas en el artículo 14.5 del PIDCP respecto del derecho a la rescisión integra de la declaración de culpabilidad y la pena por un tribunal superior, ha sido resuelta afirmativamente por el Tribunal Constitucional sentencias, entre otras, 170/2002 de 3 de abril, FJ 7, 80/2003 de 28 de abril FJ2, 105/2003 de 2 de junio FJ 2, 123/2005 FJ6, y por el TS (408/2004 de 24.3, 121/2006 de 7.2, 741/2007 de 27.7, 893/2007 de 31.10, 918/2007 de 16.11, entre las más recientes.

Esta Sala en SSTS 1860/2000 de 4 de febrero, 2194/2001 de 19 de noviembre y 1305/2002 de 13 de julio, ha declarado que el derecho a la doble instancia no está realmente comprendido en el Convenio Europeo, sino en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, según el cual toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

Esa exigencia puede ser interpretada con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal y cabe otra interpretación más amplia y extensa que llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Esta Sala, para un mejor cumplimiento del mandato del artículo 14.5 del Pacto Internacional tantas veces citado y acorde con las declaraciones del Tribunal Constitucional, ha ido elaborando una doctrina que viene ensanchando su conocimiento para hacer posible una amplia revisión de la valoración de la prueba por el Tribunal de instancia. Nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales sino que permite profundizar en al análisis de la valoración probatoria no sólo por el restringido cauce que ofrece el artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino a través del motivo casacional que habilita el artículo 852 de la LECrim.

Con base en el citado precepto se puede fundar el recurso de casación en la vulneración del principio de presunción de inocencia, proclamado en el artículo 24.2 CE, que permite controlar tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia, así como la razonabilidad de su valoración.

En definitiva, a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia y respecto de sentencias que carecen del filtro previo del recurso de apelación se puede cuestionar no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido (STC 2/2002 de 14 de enero, FJ 2). Por tanto, el recurrente tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder y revisar no solo a las conclusiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (STC 70/2002, FJ7).

La queja no es atendible.

6.2 Deber de motivación de la sentencia

En el segundo submotivo se alega la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, en su faceta del derecho a una resolución motivada. Se afirma que pese a que la sentencia impugnada tiene una extensión relevante (95 páginas) no se encuentra a lo largo de la resolución una fundamentación lógica que sirva de soporte y justificación a la condena del Sr. Nicolas , a salvo del hecho de haber ostentado el cargo de Director General de Trabajo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía desde el 28/04/2018 al 06/04/2010. Al margen del ejercido del cargo, "no se menciona una sola resolución dictada por el recurrente, ni los preceptos de la ley de contratos que se consideran vulnerados, excepto la que regula la posibilidad de los contratos verbales -que no fue celebrado por don Nicolas - ni se justifica ni cómo ni cuándo prorrogó el contrato verbal y no se menciona ni un solo pago realizado" Lo mismo cabe decir de la fundamentación relativa a la responsabilidad civil, que carece de un informe pericial acreditativo del perjuicio causado a la administración, obviándose que los servicios fueron efectivamente prestados por los trabajadores contratados por UMAX. Se argumenta, por último, que no se justifica ni la pluralidad de acciones ni la identidad de la dinámica comisiva que han dado lugar a la apreciación del delito continuado de malversación.

Sobre el deber de motivación ya hemos explicitado nuestra doctrina y conviene recordar únicamente que esa exigencia no conlleva ni la imposición de una determinada extensión, ni de un determinado nivel de rigor lógico o de apoyo científico, o ni siquiera que se dé contestación a todas y cada una de las alegaciones formuladas ni a todos los datos fácticos que hayan podido conducir a la persuasión del tribunal, de lo que se infiere que sólo habrá lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación cuando la resolución judicial carezca de ella de forma absoluta o cuando contenga una motivación meramente aparente, lo que sucede en los casos en que se parte de premisas inexistentes o patentemente erróneas o cuando sigue un desarrollo argumental con quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (SSTS 628/2010, de 1 de julio y 770/2006 de 13 de julio).

Pues bien, la sentencia de instancia precisa el juicio de autoría respecto del Sr. Nicolas en el fundamento jurídico quinto en cuanto, desde su nombramiento hasta su cese, continuó con el mismo sistema ilegal de contratación, que la resolución de la Audiencia Provincial describe con detalle y también precisa en el fundamento jurídico octavo la subsunción de los hechos en el delito de malversación de caudales públicos, atribuyendo al Sr. Nicolas la condición de garante de la integridad de los fondos públicos que, sin embargo, fueron utilizados para una finalidad ilegal.

En cuanto a la determinación de la responsabilidad civil tampoco apreciamos falta de motivación. En el fundamento jurídico décimo octavo se precisan las bases de su fijación señalando que la cuantía del perjuicio patrimonial causado se concreta en el pago del beneficio empresarial e IVA de las cantidades abonadas por los trabajadores ilícitamente contratados y en cuanto a la temporalidad se limita la responsabilidad civil de los acusados al gasto pagado durante el tiempo en el que cada uno de los acusados ejerció su cargo administrativo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

El motivo se desestima.

6.3Lesión del principio de igualdad de armas, de contradicción y de seguridad jurídica

En el tercer submotivo se invoca la lesión del principio de igualdad de armas y de contradicción así como del principio de seguridad jurídica. Se contienen en este motivo una amalgama de argumentos impugnativos que trataremos de resumir:

6.3.1 Aportación de documentos mediante fotocopia

Se alega que una buena parte de la ingente documental ha sido aportada a autos mediante fotocopia, por lo que carece de valor probatorio, además de que no se aporta dato incriminatorio alguno contra el recurrente.

La indebida inclusión de esta prueba y su posterior valoración vician de nulidad a otras pruebas conexas que no hubieran sido valoradas si la documental no hubiera sido tomada en consideración. Las citadas pruebas no han sido foliadas en muchos casos, han sido aportadas en formato CD o en disco de almacenamiento (pen drive).

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, que reiteramos.

6.3.2 Proposición de prueba documental

Se reprocha como vicio procesal que la ingente documentación aportada por la Junta de Andalucía no ha sido propuesta como prueba en legal forma en sus escritos de conclusiones por ninguna de las partes, sin que pueda admitirse como tal la mención genérica de documentos sin determinación de folios, efectuada por la Junta de Andalucía, práctica que ha sido rechazada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 06/12/1988.

Se aduce que la utilización de la fórmula "por reproducidas" tuvo como consecuencia sustraer del control público un gran parte de la prueba siendo inadmisible el argumento de que las partes podrían haber instado su lectura durante el juicio y que, de no hacerlo, se entendía que renunciaban, dado que toda renuncia requiere una manifestación expresa. La fórmula utilizada para incorporar la documental vulneró los principios de igualdad y contradicción.

El alegato no puede tener favorable acogida.

Por regla general sólo es prueba la practicada en el juicio con sujeción a los principios de inmediación y contradicción y las diligencias sumariales no tienen ese carácter. Deben ser introducidas en el juicio en legal forma y sometidas a la contradicción de las partes. Así por citar un ejemplo, en la STC 153/1997, de 29 de septiembre, el alto tribunal declaró lo siguiente:

" *es doctrina reiterada de este Tribunal la de que la lectura de las declaraciones, que no es prueba documental sino -lo que es distinto- documentada o con "reflejo documenta", (STC 303/1993),"debe hacerse no como una simple fórmula retórica y de estilo, sino en condiciones que permitan a las partes someterlas a contradicción, evitando formalismos de frecuente uso forense" (SSTC 22/1988 , 10/1992 , 137/1988); y la de que no basta con que se dé por reproducida en el juicio oral (SSTC 31/1981 , 145/1985 , 80/1991 , 51/1995). Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpreta que la lectura puede tener valor probatorio si se garantizan los derechos de la defensa especialmente la contradicción (S 24 noviembre 1986, asunto Unterpertinger, A. 110, pág. 15, pfo. 31), pero reprueba el empleo de la fórmula "por reproducida", por cuanto, aun habiendo sido admitida ésta por la defensa del recurrente, ello no significa la renuncia a contradecir los elementos del sumario, en la medida en que la acusación se apoye sobre tales elementos y en particular sobre la declaración de un testigo (S 6 diciembre 1988, asunto Barberá, Messegué y Jabardo, A. 146, pág. 35, pfo. 82)".*

De acuerdo con esta doctrina no cabe valorar como prueba las distintas diligencias incorporadas en la fase de investigación y que figuran documentadas en los autos. Esa práctica, que en ocasiones se realizaba bajo la fórmula de *"dar por reproducidas las actuaciones"* es lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha censurado por lesiva del derecho a la presunción de inocencia y del derecho de defensa. Por lo general, esa clase de diligencias deben ser objeto de ratificación y contradicción en el plenario.

Sin embargo, distinta consideración merecen los documentos unidos al proceso. El artículo 726 de la LECrim dispone que *"el tribunal examinará por sí mismo los libros, documentos, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad"*. La ley atribuye al tribunal la potestad de valorarlos por su examen directo y a ello se refiere el citado precepto. El tribunal puede valorar directamente la prueba genuinamente documental (a la que se asimila en sentido amplio las piezas de convicción) sin necesidad de petición de parte o de lectura en el plenario, todo ello sin perjuicio del derecho de las partes a impugnar dicha prueba con los efectos que en cada caso procedan, de interrogar

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

a acusados, testigos y peritos sobre el contenido de los documentos obrantes en autos y de alegar en relación a ellos todo lo conducente a su derecho.

La queja se desestima.

6.3.3Valoración de la prueba documental

También se aduce que los documentos aportados carecen de utilidad en relación con la participación del recurrente en los hechos enjuiciados, dado que los contratos otorgados por FAFFE no fueron firmados por el Sr. Nicolas , sino por su Director General, Rogelio y dado que se aportaron expedientes de las Delegaciones Provinciales de Empleo en los que no tuvo participación el citado o expedientes tramitados una vez que cesó en su cargo, como el de fecha 23/12/2006 de la Delegación Provincial de Granada, relacionado con la partida 31L, que ha sido objeto del recurso de casación 601/2020 y respecto del que opera la excepción de cosa juzgada.

Se plantean cuestiones de valoración probatoria que serán objeto de respuesta a continuación en el fundamento jurídico 6.4 al que nos remitimos.

6.3.4 Investigaciones prospectivas

Esta defensa entiende que se ha realizado una investigación prospectiva porque al Sr. Nicolas se le ha investigado exclusivamente por su condición de Director General de Empleo, sin que exista un solo documento firmado por él, obviando que los pagos efectuados lo fueron, no por la Dirección General de Trabajo, sino por FAFFE o SAE, organismos independientes y que ninguna relación tenían con él. Se sostiene que esa investigación, de marcado carácter prospectivo, ha dado lugar una patente vulneración del principio de contradicción e igualdad de armas y así, por ejemplo, el Sr. Nicolas no ha tenido posibilidad de acceder a los expedientes originales completos, ya que se han aportado por copia o compulsados.

La queja no es atendible.

Como dijimos extensamente en la STS 908/2021, de 24 de noviembre, "el objeto de toda investigación criminal debe estar delimitado, con independencia de su complejidad, y no es posible iniciar procesos penales para investigar en general a una persona, a un entero ámbito profesional o empresarial o a un fenómeno social, por más que sus acciones puedan parecer atroces o lamentables".

Un Estado Constitucional repudia *la inquisitio generalis* o la búsqueda a toda costa de algún tipo de responsabilidad de una persona, ya que genera persecuciones indeterminadas y pesquisas arbitrarias, no sujetas a control jurídico alguno. También este principio conduce la proscripción de investigaciones o práctica de pruebas ajenas a lo que es materia de investigación.

Y en este sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado en varias ocasiones (SS 32/1994, de 31 de enero; 63/1996, de 16 de abril; 41/1998, de 24 de febrero y 87/2001, de 2 de abril; 126/2001, de 4 de junio), que un proceso penal instrumentado para la *"inquisitio generalis"* no es compatible con nuestra Constitución. En la STC 87/2001, de 2 de abril señala que la "inquisición general" es *"incompatible, ciertamente, con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española"*.

Por esa razón la denuncia o querella se constituyen, por lo general, en una especie de requisito de procedibilidad para el inicio del proceso por más que también hayamos proclamado que la ausencia de denuncia o querella no tiene por qué desembocar en una investigación prospectiva.

Y en el caso de las querellas, venimos proclamando que una interpretación de la norma ajustada al canon que informa el sistema constitucional de derechos y libertades, conduce a excluir la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos de relevancia penal meramente sospechosa, es decir, una investigación prospectiva, que no aporte, a partir del conocimiento propio del querellante, un indicio objetivo de su realidad. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia (ATS de 12/07/2022 -recurso 20322/2022-).

Sin embargo, la exigencia de denuncia o querella para evitar las investigaciones prospectivas no significa que desde el principio los hechos a investigar deban estar perfectamente definidos, incluso en lo que atañe a su calificación jurídica (STS 512/2015, de 13 de octubre y 228/2013, de 22 de marzo). Sólo cuando los hechos denunciados vayan siendo esclarecidos es posible y exigible que la acusación quede perfectamente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente (SSTS 135/1989 y 41/1997).

En este caso se inició la investigación a partir de una información o denuncia del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, después de realizar una información interna, que daba noticia de una reclamación formulada ante la Junta de Andalucía, que había sido desestimada, y en la que se refería la existencia de una contratación verbal, merced a la cual se había producido la incorporación al servicio público de un nutrido grupo de personas, al margen de los presupuestos y requisitos establecidos en la ley de contratos de las administraciones públicas

y que podía ser constitutiva de un delito de prevaricación administrativa, acompañándose a la denuncia distintos particulares acreditativos de los hechos denunciados.

En el escrito inicial se denunciaba, entre otras, a las dos personas que habían ejercido el cargo de Director General de Trabajo, órgano donde habían prestado servicio los trabajadores y de donde procedía la iniciativa de la contratación. Por lo tanto, hubo denuncia inicial a la que se acompañó un soporte documental justificativo de datos objetivos que acreditaban indiciariamente la solidez de la imputación realizada.

Se alega que no se aportaba con la denuncia ni un solo documento firmado por el Sr. Nicolas pero no era necesaria esa aportación inicial para dar comienzo a la investigación. Los documentos que se aportaron constituían una base suficiente para el inicio de la misma. Por otra parte, el hecho de que los pagos se realizaran por FAFFE o por el SAE y que el recurrente no tuviera cargo alguno carece de relevancia a estos efectos ya que en unos hechos complejos, como los investigados en este proceso, no puede pretenderse que desde el inicio de la investigación estén complemente determinados los hechos y concretada la responsabilidad de los distintos investigados. Precisamente para eso se abre la instrucción, que se desarrolló con estricto cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la ley, sin menoscabo alguno del derecho de defensa, en cuanto que los investigados pudieron intervenir con plenitud desde el inicio de las diligencias.

El motivo se desestima.

6.3.5 Acusación genérica

Se argumenta, por último, que como consecuencia de todo lo anterior se formuló una acusación genérica que ha dado lugar a una sentencia que adolece del mismo vicio, sobre la base de unos expedientes que la defensa no ha podido examinar en sus originales y que han sido aportados por la Junta de Andalucía sin ningún tipo de control ya que el órgano administrativo ha aportado lo que ha querido. Por tanto, esas pruebas carecen de validez y lesionan el necesario principio de contradicción procesal y de igualdad de armas.

Esta alegación, que es un resumen conclusivo de las anteriores, ya ha sido contestada al dar respuesta a cada una de las alegaciones anteriores. No ha habido lesión del derecho de defensa, ni del derecho de igualdad procesal de las partes o del principio de seguridad jurídica. Todas las defensas han tenido acceso al expediente judicial y han podido ejercer con plenitud el derecho de defensa en el mismo plano de igualdad que las acusaciones. El hecho de que la prueba documental haya sido especialmente compleja no ha sido obstáculo alguno para que todas las partes hayan podido alegar y probar todo lo conducente a su derecho de ahí que no apreciemos la lesión de los derechos y principios invocados en el recurso.

El motivo se desestima.

6.4 Lesión del derecho a la presunción de inocencia

6.4.1 En el cuarto submotivo se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Se argumenta de nuevo que ni existió prueba de cargo suficiente ni fue valorada de acuerdo a parámetros de razonabilidad.

Esta misma queja se había formulado en el submotivo anterior en el que a modo de conclusión se afirmaba lo siguiente:

"la imputación y posterior acusación de mi defendido está basada exclusivamente en datos subjetivos aportados por la Junta de Andalucía, no se sabe con qué finalidad, sin base objetiva alguna y sin investigación previa, como anteriormente hemos referido, pues ni antes de la providencia de imputación de 9 de junio de 2015 (folio 1881) ni después de esa providencia hay un solo dato objetivo que lleve a la conclusión de que mi defendido como Director General de Trabajo, en el periodo comprendido entre el 28/04/2008 y 06/04/2010, dictara una resolución a favor de UMAX, firmara un solo contrato con UMAX u ordenara un solo pago, pues lo que pagos que se hicieron AUMAX durante el ejercicio de su cargo no se hicieron por orden de su Dirección General sino de FAFFE o SAE, organismos pertenecientes a la Consejería de Empleo, pero orgánicamente independientes de la Dirección General de Trabajo".

Y en el cuarto submotivo, abundando en lo expuesto con anterioridad, se señalan algunas deficiencias en el juicio probatorio de especial significación como las siguientes:

(i) A pesar de la cita expresa del informe policial obrante a los folios 1658-1711, ratificado en el plenario, no se tomaron en consideración sus conclusiones, singularmente en orden a los aspectos que la propia policía reconoció que no investigó. En concreto, no se investigó a los acusados, ni el grado de conocimiento que tenían de los hechos, ni quién era la autoridad competente en FAFFE o SAE

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

(ii) La sentencia parte del error de considerar que FAFFE dependía de la Dirección General de Trabajo cuando lo cierto es que dependía de la Consejería de Empleo. Además se la ha condenado por hechos ocurridos cuando ya no ejercía cargo público.

(iii) Se insiste en que no firmó un solo documento relacionado con los hechos y que la documentación ha sido aportada de forma irregular

(iv) Se advierte que las distintas declaraciones prestadas durante el plenario no aportaron información alguna para acreditar la responsabilidad del Sr. Nicolas en los hechos enjuiciados. Se cita el contenido de la declaración del propio encausado y de nueve testigos de la acusación.

6.4.2 Algunas de las alegaciones que se incorporan a este submotivo ya han sido respondidas, como las referentes a la valoración de la prueba documental. Por otra parte, carece de relevancia la dependencia funcional de FAFFE dado que la condena del recurrente nada tiene que ver con la actuación de dicho organismo. Y en cuanto a la valoración de los testigos o del informe pericial no nos corresponde entrar a analizar con detalle cada uno de los elementos de prueba para realizar una nueva y completa valoración de todos y cada uno de los medios probatorios utilizados en el juicio.

Hemos dicho con anterioridad (FJ 4.2) que cuando se invoca la lesión del derecho a la presunción de inocencia nuestra valoración no consiste en un análisis pormenorizado de cada prueba ni tampoco que se ponderen las pruebas en la forma pretendida por quien recurre. No procede, pues, analizar cada dato fáctico aisladamente, desagregando cada elemento de prueba, por cuanto es doctrina reiterada tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala que

" *el derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término. Los límites de nuestro control no permiten desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10 ; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3 ; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2 ; 41/1998, de 31 de* marzo, FJ 4 ; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1)."

Abordando la queja desde el enfoque de conjunto que estimamos procedente podemos concluir que los hechos que en la sentencia de la Audiencia Provincial se atribuyen al recurrente tienen soporte en prueba de cargo plural y suficiente, que ha sido valorada con arreglo a parámetros de racionalidad y sentido común.

En el juicio histórico de la sentencia se proclama, en relación con el Sr. Nicolas , lo siguiente:

"en el caso del acusado Nicolas , mayor de edad, sin antecedentes penales, Director General de Trabajo tras el cese del anterior el 29 de abril de 2008, mediante Decreto 158/2008, de 29 de abril, destituido en dicho cargo mediante Decreto 124/2010, de 6 de abril, tiempo en el cual decidió mantener a los trabajadores de UMAX y de otras entidades en la sede de la Dirección General que presidía y Delegaciones Provinciales, en la misma situación económica acordada por su antecesor, además de acordar contratar más personas con la misma finalidad, conociendo Nicolas la situación de ilegalidad en la que se habían incorporado y mantenido en tal relación laboral en las sedes de la Consejería de Empleo, habiendo formalizado ya cuatro contratos con las empresas UMAX e INARIA, en su cargo anterior como Delegado Provincial de Empleo en Huelva, siguiendo las instrucciones de su antecesor en la Dirección General".

Se le atribuye, por tanto, el mantenimiento del sistema de contratación, con conocimiento de su ilegalidad, y la prueba que soporta esta afirmación fáctica, descrita en el fundamento jurídico décimo tercero de la sentencia de instancia, es la siguiente:

(i) El ejercicio del cargo de Director General de Trabajo, nombrado por Decreto 159/2008, de 29 de abril, hasta su cese por Decreto 124/2010, de 6 de abril.

(ii) En el fundamento jurídico quinto se detalla que durante el tiempo que ejerció el cargo, además de mantenerse numerosas contrataciones realizadas con anterioridad, se llevaron a cabo las siguientes contrataciones: Cecilio de 02/01/2009 a 15/06/2010; Alejo de 01/04/2009 a 31/05/2010; Ernesto de 11/03/2009 a 31/05/2010 y Gabino de 01/04/2009 a 31/05/2010.

(iii) La declaración de don Samuel que manifestó que el Sr. Nicolas tuvo conocimiento de la cesión de personal y de la contratación de UMAX y tuvo trato con él.

(iv) El conocimiento del sistema de contratación lo deduce la sentencia de que el Sr. Nicolas realizó hasta cuatro contrataciones inexistentes, mediante un contrato menor y dos procedimientos negociados, de fecha

20/12/2006, 01/12/2007 y 10/12/2007, cuando ostentaba la Jefatura de la Delegación de Trabajo de Huelva. En dichas contrataciones firmó las memorias justificativas.

(v) La testigo doña Matilde , que conoció al acusado cuando era Delegado Provincial de Huelva y se ofreció a trabajar con él en la Dirección General, manifestó que el Sr. Nicolas conocía la existencia de trabajadores de UMAX en la Dirección General y varios testigos también afirmaron que vieron a don Samuel en la Dirección General y mantenía contactos con el Sr, Nicolas .

(vi) Se señala como dato objetivo que los contratos se mantuvieron durante el tiempo en que el Sr. Nicolas fue Director General de Trabajo, habiéndose precisado en el fundamento de derecho quinto, al que antes hemos hecho mención, las personas contratadas y el periodo de contratación de cada una de ellas.

(vii) Uno de los trabajadores contratados, don Alejo , manifestó en el juicio que fue entrevistado por el Sr. Nicolas para ser contratado posteriormente por UMAX

(viii) Ernesto fue una de las personas contratadas y era sobrino por afinidad del Sr. Nicolas , manifestando en juicio que realizaba funciones de apoyo para doña Matilde y para el Sr. Nicolas en la Dirección General.

A partir de este conjunto de pruebas resulta acreditado con suficiencia el mantenimiento de la contratación ilegal durante el tiempo en que el recurrente fue Director General de Trabajo y la realización de cuatro nuevas contrataciones, así como su pleno conocimiento del sistema implantado, resultando especialmente demostrativo de ese conocimiento que hubiera intervenido antes de su nombramiento en cuatro contrataciones simuladas, que interviniera personalmente en una de las contrataciones realizadas siendo ya Director General de Trabajo y que en otra la persona elegida fuera un pariente.

En conclusión, las declaraciones fácticas de la sentencia impugnada tienen sustento en prueba de cargo suficiente y correctamente valorada.

El motivo se desestima.

7. Vulneración del principio acusatorio

7.1 En el segundo motivo del recurso, a través del cauce casacional establecido en el artículo 852 de la LECrim se censura la sentencia por vulneración del principio acusatorio. Se alega que *"la narración que contiene tanto el escrito de conclusiones provisionales como el escrito de calificación definitiva de las acusaciones es totalmente imprecisa e incompleta en la narración de las conductas que integran cada uno de los delitos por los que fue acusado el Sr. Nicolas , de tal modo que no ha podido conocer de forma comprensible los hechos objeto de acusación y los tipos penales que se aplicaban posibilitando sin merma alguna que pudiera articular su defensa, como se desprende del propio escrito de defensa donde no se propone prueba alguna"*.

Se argumenta que el Ministerio Fiscal justificó esa falta de concreción en la complejidad del juicio y en la conducta procesal de los acusados que se negaron a prestar declaración en la fase de instrucción. Sin embargo, una vez celebrado el juicio y practicada toda la prueba, esa falta de precisión ha continuado en tanto que las acusaciones se limitaron a elevar a definitivas sus conclusiones provisionales.

Junto a esta alegación central se refieren una serie de objeciones que nada tienen que ver con el principio acusatorio, sino con los criterios seguidos en la valoración de la prueba. Así, se señala que no hay prueba alguna del acuerdo entre los distintos acusados, que no se conocían; que no se ha acreditado que los acusados conocieran que UMAX no cumplía con los requisitos establecidos en la ley; que tampoco se ha acreditado que las personas contratadas no cumplieran con los requisitos exigible; que no se ha acreditado que el Sr. Nicolas ordenara pago alguno; que tampoco hay prueba del perjuicio causado y de la cantidad que se reclama en concepto de responsabilidades civiles o que el Sr. Nicolas renovara el acuerdo verbal que ha motivado su condena etc.

Pues bien, limitaremos nuestro análisis a determinar si ha habido o no lesión del principio acusatorio, dado que las restantes alegaciones que se contienen en el motivo nada tiene que ver con el gravamen que se denuncia y dado que el fundamento jurídico anterior ya ha sido analizada la queja desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia.

7.2Doctrina jurisprudencial sobre el principio acusatorio

En varios de los recursos se invoca la lesión del principio acusatorio conviene hacer una breve mención de la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre dicho principio, que servirá de pauta para dar respuesta a los distintos motivos que plantean esta misma queja.

Aunque el principio acusatorio no aparezca expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, el artículo 24.2 CE protege ciertos derechos fundamentales que configuran

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

los elementos estructurales de dicho principio que trasciende el derecho a ser informado de la acusación para comprender un haz de garantías adicionales. Los derechos protegidos son el de defensa y el derecho a conocer la acusación como garantía de la imparcialidad judicial.

El principio acusatorio en el proceso penal implica, de forma nuclear, que la persona investigada desde los primeros momentos sea informada del hecho punible, que tenga la posibilidad de declarar en relación con ese hecho y articular ya en la fase de instrucción el derecho de defensa y que, finalizada la investigación se produzca un acto de imputación judicial en la que se precise qué hechos y qué personas pueden ser objeto de acusación. Posteriormente corresponde a la acusación determinar el hecho objeto de enjuiciamiento, en su doble dimensión fáctica y normativa, condicionando el contenido del enjuiciamiento y de la sentencia, que no podrá referirse a hechos diferentes.

De la correlación entre los derechos de defensa y a ser informado de la acusación se deriva la exigencia de que la acusación venga precedida por una previa imputación en la fase instructora (o de diligencias previas) con la que se pretende evitar que se produzcan acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya otorgado la posibilidad de participación en esa fase inicial y facilita que la instrucción judicial siga asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (artículo 299 LECrim) imponiéndose una correlación exclusivamente subjetiva entre imputación judicial y acto de acusación (SSTC 128/1993, de 19 de abril, reiterada en las SSTC 149/1997, de 29 de septiembre, 134/1998, de 29 de junio y 19/2000, de 31 de enero).

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal impone ese deber informativo en el artículo 118.1 a) en el que, después de precisar el ámbito del derecho de defensa, establece la obligación de instruir de forma inmediata al investigado de un variado elenco de derechos entre los que se encuentra "el derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyen, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos investigados". Además, en el artículo 779.1.4 LECrim dispone que la instrucción no puede concluirse sin haber tomado declaración al investigado sobre los hechos objeto de investigación.

El Tribunal Constitucional ha declarado de forma reiterada que "admitida una denuncia e incoado el procedimiento contra una persona por determinado delito, no cabe en modo alguno que el órgano jurisdiccional omita que esa imputación sea conocida por el interesado "ni clausurar la instrucción sin haberle ilustrado de sus derechos y sin siquiera haberle oído en dicha condición" de imputado (SSTC 128/1993, de 19 de abril, FJ 4; 129/1993, de 19 de abril, FJ 4; 152/1993, de 3 de mayo, FJ 3, y 273/1993, de 20 de septiembre, FJ 3). Pues si el derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE -comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse, a través de la contradicción, el derecho de defensa de las partes contendientes- (STC 102/1998, de 18 de mayo, FJ 2), tal derecho adquiere su máxima intensidad en el proceso penal por la trascendencia de los intereses en juego. Y, por tanto, verificada la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, el Juez deberá considerarla imputada "para permitir su defensa y una equilibrada contradicción", sin que la investigación sumarial pueda efectuarse a sus espaldas (SSTC 277/1994, de 17 de octubre, FFJJ 2, 4 y 5, y 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2).

La información inicial que debe darse al investigado no necesariamente debe ser exhaustiva y con el máximo detalle por cuanto al inicio del proceso es posible que se desconozcan muchas circunstancias y datos, y precisamente por esa razón se abre la investigación. En ese primer momento la información debe ser sumaria y suficiente para conocer el contenido de la imputación y decidir la estrategia de defensa que se quiere seguir, máxime teniendo en cuenta que esa información no es la única garantía del derecho de defensa. El investigado, en cuanto parte personada, queda facultado desde ese momento para "tomar conocimiento de lo actuado" y "formular las alegaciones que estime oportunas para su defensa", así como para "pedir cuantas diligencias estime pertinentes, sin perjuicio, como es obvio, de la facultad del Juez para decidir sobre la utilidad de lo alegado e interesado (STC 186/1990, FJ 7). De esta forma se garantiza el derecho de defensa y se evita que se puedan producir en la fase de instrucción situaciones de indefensión.

Ahora bien, no todo déficit informativo conllevará una lesión intolerable del derecho de los derechos constitucionales antes mencionados. La falta de información debe causar indefensión y para su apreciación habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto. Conviene en este particular tener en consideración que la imputación se desenvuelve en condiciones dinámicas, porque en muchas ocasiones, singularmente en casos que tienen cierta complejidad, los hechos se van conociendo y precisando a medida que la investigación se desarrolla por lo que las exigencias de precisión en la información no son las mismas en las distintas fases del proceso. El estándar de exigencia no es igual al inicio del proceso, una vez concluida la investigación o cuando se formula la acusación. En este ámbito la idea de graduación es esencial y esa es la razón por la que esta Sala viene reiterando que el objeto del proceso es de cristalización progresiva.

La necesaria correlación entre los hechos investigados y los hechos que pueden ser objeto de acusación, cuya exigencia viene determinada por el derecho de defensa, tiene otra manifestación de singular relevancia en el contenido necesario del auto que concluye la fase de investigación en el procedimiento abreviado. Conforme al artículo 779.1.4º de la LECrim, "si el hecho constituyera delito de los comprendidos en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se imputan". La acusación que posteriormente se formule no puede no puede dirigirse contra personas que no hayan adquirido previamente la condición de imputadas (STC 186/1990, de 15 de noviembre y STS 1088/1999, de 2 de julio, entre otras) o referirse a hechos diferentes de los que han sido objeto de contradicción durante la instrucción.

En cuanto a la determinación de los hechos en el auto de conclusión de la fase de investigación venimos reiterando que es precisa cierta congruencia entre aquel auto y los escritos de acusación pero no un mimetismo absoluto. No es exigible una vinculación fuerte o rígida que impida cualquier variación en los hechos. El relato del llamado auto de transformación no tiene por qué precisar todos los detalles. La función del citado auto es dar paso a la fase de enjuiciamiento de un material fáctico que en lo sustancial ha de ser respetado pero que puede ser objeto de precisiones, modulaciones y matizaciones, siempre que no conlleven una mutación esencial (STS 111/2022, de 10 de febrero). Señala esta última sentencia que la "determinación de los hechos punibles", conforme a lo dispuesto en el artículo 779.1.4º de la LECrim, no es otra cosa que "una relación sucinta de hechos" similar a la que se exige en el procesamiento del sumario ordinario. En este sentido y en relación con el auto de procesamiento, cuya naturaleza y funcionalidad guarda innegables analogías con el auto del artículo 779.1.4 de la LECrim, en la STS 76/2016, de 19 de febrero, declaramos que "Esta forma de concebir el auto de procesamiento como fórmula de concreción de la garantía jurisdiccional, no puede conducir a una interpretación que exija una exactitud fáctica, correlativa entre aquella resolución inculpatoria y el escrito de acusación del Fiscal. Hemos dicho en muchas ocasiones que el objeto del proceso es de cristalización progresiva. Pues bien, el auto de procesamiento es la primera de las decisiones que contribuye a la fijación de los términos del debate. Indudablemente son las conclusiones provisionales del Fiscal las que permiten a la acusación pública formalizar la pretensión punitiva y delimitar por primera vez el objeto del proceso. Pero son las conclusiones definitivas, una vez practicada la prueba, las que lo dibujan de modo definitivo, delimitando el ámbito decisorio del órgano jurisdiccional. La vinculación objetiva no es identidad objetiva. No es identidad incondicional. Pero sí lo es en lo atinente a los presupuestos fácticos nucleares que definen el tipo objetivo por el que se decretó el procesamiento. La correlación entre ese enunciado fáctico proclamado por el Juez instructor y el que luego asume el escrito de acusación del Fiscal ha de ser interpretada, claro es, con la flexibilidad que permite el progreso de las investigaciones y, en su momento, el desarrollo de la actividad probatoria en el juicio oral".

Llegados a este punto, la correlación entre acusación y sentencia es otra de las exigencias que se derivan del principio acusatorio. La vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal. De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre la acusación y fallo por parte de una resolución judicial debe venir dado, no sólo por la verificación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir los elementos de la acusación contradictoriamente, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden (SSTC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4 , y 155/2009, de 25 de junio , FJ 4).

El pronunciamiento del Tribunal, por tanto, debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC 40/2004 de 22 de marzo, 183/2005 de 4 de julio). Además, este Tribunal ha afirmado que, con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC 87/2001 de 2 de abril).

Esta posición de principio requiere de algunas matizaciones. Las conclusiones acusatorias para ser respetuosas con el derecho a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa deben ser completas, incluyendo todos los elementos fácticos que integren el tipo delictivo y las circunstancias que influyan sobre la responsabilidad del acusado, y deben ser específicas, de forma que permitan conocer cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas. Sin embargo no se precisa que sean exhaustivas. El principio acusatorio no exige que las conclusiones definitivas un relato minucioso y detallado, ni tampoco que incorpore de forma ineludible todos los elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales. Por otro lado, el

principio acusatorio no obliga tampoco a que exista una identidad absoluta entre el relato de la acusación y el de la sentencia, de forma que ésta puede introducir elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, con objeto de ser más respetuoso con la descripción de la verdad material de lo acontecido.

En conclusión, cabe señalar que un fallo sustentado en hechos distintos a los que sostiene la acusación puede suponer la vulneración del derecho del enjuiciado a ser informado de la acusación y del derecho a la defensa, al hacer inviable el descargo de una imputación que se desconoce, así como puede encerrar la confusión entre las tareas encomendadas a los diversos sujetos procesales. Pero también señala esa jurisprudencia que ha de tratarse de una alteración esencial, que encierre una novedad en el debate, de lo que se infiere que el Tribunal está legitimado para matizar o precisar el relato delimitador de la pretensión.

7.3 En este caso el juicio histórico de la sentencia impugnada es sustancialmente igual al de los escritos acusatorios y contiene con suficiente detalle los datos fácticos necesarios para la identificación de los hechos objeto de enjuiciamiento, sin que se aprecien omisiones significativas que puedan ser lesivas del derecho de defensa de los acusados.

En efecto, el relato de hechos probados describe el acuerdo verbal entre el Sr. Roman y el Sr. Samuel para la contratación de trabajadores externos a la Consejería de Empleo, creando de esta forma una estructura paralela al margen de las previsiones contenidas en la relación de puestos de trabajo vigente para la Dirección General y Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, con incumplimiento de la normativa aplicable. En el juicio histórico se concreta el acuerdo alcanzado sobre el beneficio empresarial que había de obtener UMAX, precisando el total abonado por nóminas a los trabajadores contratados desde 2003 a 2010, así como los pagos realizados por la Consejería de Empleo, por SAE y por FAFFE y se precisan las conexiones entre las distintas empresas que contrataron a trabajadores, todas ellas administradas por el Sr. Samuel .

Se describe la forma en que se instrumentó ese inicial acuerdo verbal a través de contratos simulados, por inexistentes, formalizados como contratos menores o contratos con negociación sin publicidad, precisando la forma en que se documentaban para aparentar la legalidad de la contratación. El relato describe la contribución del Sr. Roman y del Sr. Samuel en la implantación del sistema y la contribución posterior de los demás acusados.

En relación con el Sr. Nicolas se declara lo siguiente:

"De conformidad con el citado acuerdo verbal, han llegado a contabilizarse, al menos, 44 trabajadores contratados por dicha empresa o por otras de las que era administrador el mismo Samuel (Square Inversiones S.L. y Ultra Informática S.L.), así como Inaria S.L., cuyo socio y administrador es Jesús Ángel , quien, realmente, es socio de Samuel al 50% en esta relación con la administración, a pesar de no aparecer dicha vinculación en las escrituras de la citadas sociedades. Alguno de los trabajadores estaban relacionados por vínculos de vecindad y amistad con Roman y también de parentesco en el caso del acusado Nicolas , mayor de edad, sin antecedentes penales, Director General de Trabajo tras el cese del anterior el 29 de abril de 2008, mediante Decreto 158/2008, de 29 de abril, destituido en dicho cargo mediante Decreto 124/2010, de 6 de abril, tiempo en el cual decidió mantener a los trabajadores de UMAX y de otras entidades en la sede de la Dirección General que presidía y Delegaciones Provinciales, en la misma situación económica acordada por su antecesor, además de acordar contratar más personas con la misma finalidad, conociendo Nicolas la situación de ilegalidad en la que se habían incorporado y mantenido en tal relación laboral en las sedes de la Consejería de Empleo, habiendo formalizado ya cuatro contratos con las empresas UMAX e INARIA, en su cargo anterior como Delegado Provincial de Empleo en Huelva, siguiendo las instrucciones de su antecesor en la Dirección General".

Se detalla en el juicio histórico de la sentencia impugnada que en el año 2007 se abandonó el sistema de abono a UMAX y otras empresas documentándolo a través de contratos simulados para documentar artificialmente los pagos mediante facturas falsas giradas a FAFFE, que eran proveídas de fondos a través de distintas subvenciones otorgadas por distintos organismos de la Consejería de Empleo. También se precisa los trabajadores en cuestión acabaron integrados en el SAE por resolución de 20/04/2011 y también que el Sr. Samuel formuló distintas reclamaciones a la Consejería de Empleo, exigiendo el pago de lo pactado en el contrato verbal, reclamaciones que fueron rechazadas por Resolución de 22/10/2002, de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo y que dieron a la apertura de expediente informativo para conocer las circunstancias de lo ocurrido y valorar la apertura de un proceso de revisión de oficio. Por lo tanto, el relato de hechos probados describe en lo sustancial los hechos necesarios para efectuar la calificación jurídica.

A la vista del contenido tanto del escrito de acusación como del relato fáctico de la sentencia y teniendo en cuenta la complejidad de los hechos, que vienen conformados por la existencia de unas contrataciones laborales que tienen su origen en un acuerdo verbal entre el Sr. Roman y el Sr. Samuel y que dieron lugar a un elevado número de contratos laborales, y a un gran número de facturas simuladas y de contratos menores

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

o negociados (para justificar la prestación de servicios y los pagos), es comprensible que en el relato de hechos probados no se haga una relación nominativa y completa de todos y cada uno de esos documentos de ahí que no apreciamos lesión alguna del principio acusatorio por el hecho de que en las conclusiones acusatorias se haga una relación global y general de la operativa seguida en cuanto esa relación ha permitido a las defensas conocer con la suficiente precisión los hechos objeto de acusación y articular con suficiencia la defensa frente a esas imputaciones. A este respecto y según hemos señalado en el fundamento jurídico séptimo, las conclusiones acusatorias para ser respetuosas con el derecho a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa deben ser completas, incluyendo todos los elementos fácticos que integren el tipo delictivo y las circunstancias que influyan sobre la responsabilidad del acusado, y deben ser específicas, de forma que permitan conocer cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas. Sin embargo no se precisa que sean exhaustivas. El principio acusatorio no exige que las conclusiones definitivas un relato minucioso y detallado, ni tampoco que incorpore de forma ineludible todos los elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales. Por otro lado, el principio acusatorio no obliga tampoco a que exista una identidad entre el relato de la acusación y el de la sentencia, de forma que ésta puede introducir elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, con objeto de ser más respetuoso con la descripción de la verdad material de lo acontecido.

El motivo se desestima.

8. Juicio de tipicidad del delito de prevaricación administrativa

8.1 En el tercero motivo del recurso, transitando a través del artículo 849.1 de la LECrim, se reprocha a la sentencia infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 404 y 74 del Código Penal.

Los ejes fundamentales sobre los que gira esta impugnación son:

(i) Que la contratación verbal realizada por el Sr. Roman estaba amparada por la norma vigente en aquel momento, pues precisamente los preceptos que cita la resolución que se recurre admiten la contratación verbal en casos de emergencia.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado extensamente en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia a cuyo contenido nos remitimos.

(ii) Que la contratación de personal obedeció a necesidades del servicio, como lo demuestra el hecho que dicha contratación viniera posteriormente amparada por la propia Junta de Andalucía al acordar la incorporación de los trabajadores contratados a FAFFE, incorporación de trabajadores que la propia acusación particular de la Junta de Andalucía consideró ajustada a derecho, porque el trabajo desempeñado por dichos trabajadores no sólo era real y efectivo sino que obedecía al interés general.

El hecho de que hubiera necesidades de servicio para llevar a cabo la contratación de personal no es causa que justifique el total incumplimiento de la normativa aplicable y la evidencia de que, una vez descubierta la ilegalidad, se tratara de regularizar la situación de los trabajadores contratados tampoco es causa justificativa de la ilegalidad de la contratación.

(iii) Que la contratación no fue arbitraria pues no se ha puesto de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución -contrato verbal-, no haya actuado conforme a derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales.

Esta alegación merece la misma contestación que la anterior.

(iv) Que sólo se ha producido un contrato verbal en el 2003 y todos los contratos menores o negociados sin publicidad fueron el mecanismo utilizado para realizar pagos, para ejecutar el plan concebido por el autor, formando parte del mismo injusto, por lo que hay unidad de acción y un solo delito, y no un delito continuado.

Sobre la existencia de continuidad delictiva nos pronunciaremos más adelante.

8.2 Resulta obligado traer a colación lo expresado en la STS 749/2022, de 13 de septiembre, relativa a otro caso (ERE) que guarda cierta relación con el presente, no sólo en cuanto a las personas acusadas, sino en cuanto a la conducta desplegada por las autoridades administrativas competentes.

Dijimos lo siguiente:

"el correcto entendimiento del delito de prevaricación administrativa sólo puede realizarse, como ha señalado la doctrina científica, desde una concepción democrática del poder público. La corrupción política y administrativa y la desviación de poder son incompatibles con un estado democrático de derecho, en el que han de prevalecer principios como la igualdad ante la ley, el control del poder público, la imparcialidad y la corrección en la actuación administrativa. Sin embargo, la respuesta penal no está justificada en todos los casos. Es excepcional. Por

exigencias del principio de intervención mínima la sanción penal está reservada para los supuestos de infracción más grave de las reglas básicas reguladoras de la administración pública, ya que el control ordinario de la legalidad de la actuación administrativa corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa.

"Para que una resolución en asunto administrativo pueda ser constitutiva de un delito de prevaricación se precisa que sea arbitraria y haya sido dictada a sabiendas de su injusticia. La injusticia y la arbitrariedad son los dos atributos que definen la prevaricación. Sobre ambos presupuestos la doctrina ha formulado distintas posiciones. Unos entienden que son términos equivalentes y otros consideran que la injusticia es la contrariedad con el derecho y la arbitrariedad añade un plus consistente en que esa ilegalidad sea clamorosa. También hay quienes entienden, apoyándose en la literalidad del precepto, que la injusticia es un atributo predicable del comportamiento del sujeto activo y la arbitrariedad el atributo de la resolución.

Más allá de polémicas doctrinales, la doctrina reiterada de esta Sala se ha inclinado por una concepción objetiva a la hora de precisar qué ha de entenderse por resolución arbitraria, sin desconocer el componente subjetivo.

La resolución prevaricadora debe contrariar la razón, la justicia y las leyes de una manera flagrante. Para describir la arbitrariedad se han utilizado distintos calificativos que tienden a precisar la intensidad de la ilegalidad, esto es, el grado de su contrariedad con el derecho. Y así, se identifica la arbitrariedad como una ilegalidad patente, manifiesta, grosera, palmaria, clamorosa o flagrante. Por tanto, la resolución será arbitraria cuando en ella no se actúe el derecho orientado al correcto funcionamiento de la administración pública conforme a las previsiones constitucionales, sino cuando haga efectiva la voluntad de su autor, sin una fundamentación jurídica aceptable. En otras palabras y como señala la STS 992/2013, de 20 de diciembre , la arbitrariedad aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada - desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico jurídico aceptable".

8.3 En el presente caso el delito de prevaricación se proyecta en un conjunto de contrataciones de personal que se realizaron al margen de la normativa aplicable, con vulneración de los principios esenciales de la contratación administrativa (publicidad, libre concurrencia, mérito y capacidad). Y conviene recordar que esta Sala en innumerables ocasiones, de la que es exponente la STS 597/2014, de 30 de julio, con cita de otra anterior (STS 18/2014, de 13 de enero), viene reiterando que

" *la omisión del procedimiento legalmente establecido, ha sido considerada como una de las razones que pueden dar lugar a la calificación delictiva de los hechos, porque las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso tienen la función de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho. Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. En esta misma línea, y respecto a la importancia del procedimiento administrativo, añadía la STS743/2013, de 11 de octubre , que el mismo, por un lado, tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, una finalidad de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa. Así, se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución".*

Por lo tanto, la contratación fue arbitraria por ser absolutamente contraria a la normativa de aplicación y porque tuvo como propósito la creación en la Dirección General de Trabajo *"de una estructura paralela a la administrativa, al margen de las previsiones contenidas en la relación de puestos de trabajo vigente para dicha Dirección General y Delegaciones Provinciales con incumplimiento de la normativa de contratación en el sector público".*

El tipo de prevaricación exige también que el autor actúe a sabiendas, es decir, que tenga plena conciencia de que actúa al margen del ordenamiento jurídico y que ocasiona un resultado materialmente injusto (STS 497/2012, de 4 de junio), ya que el dictado de la resolución arbitraria no determina por sí la concurrencia del

elemento subjetivo de la prevaricación, pues para ello se requiere, como señala la STS 152/2015, de 24 de febrero, la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

Según recuerda la STS 82/2017, de 13 de febrero

"como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas", se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (STS. 443/2008 de 1 de julio)".

Y en este caso el juicio histórico de la sentencia impugnada proclama de forma nítida que la actuación de los distintos acusados se produjo a sabiendas de la ilegalidad ya que se declara que se decidió crear una estructura de personal al margen de lo establecido en la ley mediante una contratación verbal, dando cobertura a esa forma de proceder a través del otorgamiento de contratos simulados y facturas falsas, atribuyendo al empleador un porcentaje beneficio empresarial indebido en perjuicio de las arcas públicas y, a partir de 2007, financiando la contratación mediantes subvenciones a la empresa UMAX por parte de FAFFE o del SAE.

En el caso del Sr. Nicolas se declara que durante el tiempo que ejerció su cargo de Director de Trabajo y Seguridad Social (desde el 29/04/2008 al 06/10/2010)

"decidió mantener a los trabajadores de UMAX y de otras entidades en la sede de la Dirección General que presidía y Delegaciones Provinciales, en la misma situación económica acordada por su antecesor, además de acordar contratar más personas con la misma finalidad, conociendo Nicolas la situación de ilegalidad en la que se habían incorporado y mantenido en tal relación laboral en las sedes de la Consejería de Empleo, habiendo formalizado ya cuatro contratos con las empresas UMAX e INARIA, en su cargo anterior como Delegado Provincial de Empleo en Huelva, siguiendo las instrucciones de su antecesor en la Dirección General".

Sin embargo y a pesar de todo lo que se acaba de exponer, el tipo penal de prevaricación administrativa se construye en su tipo objetivo a partir del dictado de una resolución. Se trata de un elemento típico esencial que en este caso no concurre y, desde luego, la sentencia no lo precisa. El hecho de que el Sr. Nicolas mantuviera el sistema o que hubiera formalizado con anterioridad cuatro contratos con empresas de UMAX o INARIA no permite afirmar que dictara algún tipo de resolución en ejecución del plan articulado por su predecesor en el cargo. Por esa razón los hechos probados no permiten su subsunción normativa en el tipo penal de prevaricación que requiere como presupuesto típico ineludible el dictado de una resolución en los términos que anteriormente hemos precisado.

En consecuencia, procede la estimación del motivo y la libre absolución del recurrente de este concreto delito.

9. Juicio de tipicidad del delito de malversación de caudales públicos

9.1 Por el cauce de infracción de ley se censura la indebida aplicación del artículo 432 CP.

En la STS 749/2022, de 13/09/2022, resumimos la consolidada doctrina de esta Esta Sala a cerca de la interpretación del artículo 432 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos (SSTS 507/2020, de 14 de octubre, 214/2018, de 8 de mayo y 1051/2013, de 26 septiembre, entre otras muchas).

El tipo de malversación de caudales públicos del derogado artículo 432 CP está integrado por los siguientes elementos típicos:

(i) El sujeto activo ha de ostentar la cualidad de autoridad o funcionario público, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública. Para la determinación del sujeto activo resulta de aplicación el artículo 24 CP que establece un concepto de autoridad y de funcionario específico y más amplio que el administrativo. Autoridad es quien por si solo o como miembro de una corporación tribunal y órgano colegido tenga mando o ejerza jurisdicción propia y funcionario es todo aquel que en función de su nombramiento participe del ejercicio de funciones públicas.

(ii) Se precisa una facultad decisoria jurídica o de 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 sin que se precise una inmediata posesión o tenencia, siendo suficiente la mediata. Se exige, por tanto, una relación especial entre el agente y los caudales, de ahí que la disponibilidad o relación entre el caudal y el sujeto activo sea primordial en el engarce jurídico del delito (SSTS. 31.1.96 y 24.2.95). Ahora bien, esa afirmación inicial ha sido objeto de matizaciones. Así, no es imprescindible que el funcionario tenga en su poder los caudales y efectos públicos por razón de la competencia que las disposiciones administrativas adjudiquen al Cuerpo u Organismo al que pertenezca, sino que basta con que

hayan llegado a su poder con ocasión de las funciones que concreta y efectivamente realizase el sujeto como elemento integrante del órgano público.

Hemos declarado que lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (SSTS. 30.11.94, 1840/2001 de 19.9). Y también que "tener a su cargo" significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones. En efecto, la doctrina jurisprudencial mayoritaria se decanta por una concepción amplia, interpretando el requisito "de tener a su cargo por razón de sus funciones" de modo flexible por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico. Afirmación que lleva a abarcar tanto aquellos supuestos en los que el funcionario se está atribuyendo la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposiciones sobre los mismos. Significa, por tanto, no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario. Por tanto, la exigencia de tener los bienes a su disposición no sólo es tenerlo bajo su estricta custodia material, sino capacidad de disposición de manera que los caudales a los que se refiere la tipicidad de la malversación están residenciados en la persona que tiene capacidad de gasto o de control.

(iii) 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 público; y

(iv) La acción típica es "sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga" lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

En la STS 429/2012, de 21 de mayo, se condensa la interpretación de esta Sala sobre la acción típica del precepto. Dice la sentencia que "el artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (SSTS 172/2006 ySTS 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga".

(v) La conducta típica admite dos modalidades comisivas, una por acción y otra por omisión. La primera consiste en la sustracción de los caudales descritos que implica apropiación con separación de su destino y con ánimo de apoderamiento definitivos, en idéntico sentido al usado por otros delitos patrimoniales. La segunda modalidad comisiva constituye una conducta dolosa de omisión impropia, por cuanto por específica obligación legal, el funcionario está obligado a evitar el resultado lesivo contra el patrimonio público, pues el ordenamiento jurídico no solo espera del funcionario el cumplimiento de sus deberes específicos, sino que lo coloca en posición de garante, por lo que debe evitar el resultado.

(vi) Se precisa ánimo de lucro propio o de tercero a quien se desvía el beneficio lucrativo (STSS 10 de octubre de 2009, 18 de febrero de 2010, 18 de noviembre de 2013). No se exige el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existirá aunque la intención de lucrar se refiera al beneficio de un tercero. (STS 506/2014 de 4 de junio).

(vii) El delito se consuma con la disposición de hecho de los fondos públicos. Es un delito de resultado. En la STS 277/2015, de 3 de junio, con cita de la STS 310/2003, de 7 de marzo y en relación con una malversación producida en la concesión de subvenciones se declara que "la acción de malversar se consuma cuando se realiza el acto de disposición que genera la disposición de los fondos públicos para una determinada operación...Es la obtención material de los fondos, la posibilidad de disposición sobre los mismos, la que marca el momento consumativo del delito de malversación, al igual que otros delitos de enriquecimiento como el hurto, la estafa o el robo". Ese ha sido el criterio constante de la Sala. Por citar algunos ejemplos más remotos, en la 117/1996, de 25 de marzo se dijo que el delito se consuma con la sola realidad dispositiva sin que precisa ineludiblemente de la extensión, redacción o plasmación de documento alguno, público u oficial. En la STS de 07/05/1990 se declaró que el delito se consuma tan pronto como ocurre la disposición del objeto embargado, aunque no conste lesión patrimonial ni lucro económico.

En materia de contratación, sin embargo, dada la relación sinalagmática que la caracteriza, se ha considerado que el momento de consumación del delito se produce con el reconocimiento de la obligación, ya que desde ese momento nace la obligación de exigibilidad, siendo irrelevante el pago ulterior (STS 459/2019, de 14 de octubre).

(viii) En cuanto al tipo subjetivo el delito de malversación en sus dos modalidades es doloso. Precisa el dolo genérico, que requiere el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de actuar. En concreto, el dolo comprende el conocimiento de que los objetos o caudales sustraídos pertenecen a las administraciones públicas y, por tanto, son públicos (STS 545/19999, de 26 de marzo y 132/2010, de 18 de febrero, entre otras muchas).

9.2 Descendiendo al análisis del juicio de tipicidad realizado en la sentencia impugnada en relación con el delito de malversación procede determinar, en primer lugar y antes de analizar los hechos singulares que se atribuyen al recurrente, si la conducta fraudulenta que se dice desplegada por los distintos acusados colma las exigencias típicas del delito de malversación de caudales públicos. A tal efecto, dicha conducta, con soporte en los hechos probados, se condensa en el fundamento jurídico octavo de la sentencia de instancia en los siguientes términos:

"Los acusados Roman , Nicolas , Maximo , Adelina y Samuel , en los términos que se dirán, incurren en dichos delitos, pues siendo los primeros garantes del interés público. con conciencia de que los métodos ilegítimos e inciertos utilizados para el cobro de los salarios y del beneficio económico acordado por el primero a favor del último, los aceptaron y mantuvieron de forma sucesiva durante el tiempo en que ostentaron el cargo de Directores Generales de Trabajo y Secretarios Generales Técnicos, a sabiendas del perjuicio que provocaban a las arcas públicas, que no tenían por qué soportar el pago de un beneficio empresarial y unos impuestos por la contratación de personal auxiliar fuera de los cauces legales propios del personal funcionario o laboral como ya hemos indicado. La suplantación del procedimiento legal de tramitación, la falsificación de las facturas a instancias de los responsables del control administrativo, la ausencia de rigor en la comprobación y tramitación de los expedientes de pago y de adjudicación de los procedimientos negociados sin publicidad ya descritos, conociendo la ilegalidad de la contratación de personal externo y la continuidad en tales hechos, justifica la decisión adoptada respecto a la apreciación de participación en concepto de autores de los acusados en la ejecución de los citados delitos continuados (prevaricación, malversación y falsedad) , salvo el particular, Samuel , que lo es como cooperador necesario en los delitos contra la Administración Pública..."

En la STS 749/2022, de 13 de septiembre, que tiene analogías incuestionables con este caso, estimamos constitutivo de delito de malversación de caudales públicos la disposición libérrima de fondos públicos, mediante la concesión de ayudas o subvenciones al margen de todo control y de cualquier criterio reglado y como si tales fondos fueran particulares, implantando previamente y de forma intencionada un sistema de presupuestación contrario a derecho que posibilitaba, al menos formalmente, la elusión de todos los controles administrativos previstos legalmente. Señalamos entonces, en relación con el caso allí resuelto, que:

"lo sustancial del mismo es la creación de un sistema o procedimiento por el cual se habilitaron unas cuantiosas partidas presupuestarias a lo largo de nueve años, utilizando una clasificación presupuestaria ilegal. Y ese cambio no fue casual. Se realizó para evitar la normativa de subvenciones y sus rígidos controles. Y, una vez aprobadas las partidas, se dispuso de los fondos públicos como si fueran privados, de forma libérrima y arbitraria. Por lo tanto y como conclusión, la aplicación de fondos a fines ajenos a la función pública con incumplimiento absoluto de las normas sobre gestión y control, constituye una disposición definitiva de caudales públicos en favor de tercero que colma las exigencias típicas tanto del entonces vigente artículo 432 CP , como del tipo actualmente vigente".

En el presente caso, y según se deduce del juicio histórico, se ideó la creación de una estructura de personal paralela a la oficial, mediante la celebración de un contrato verbal, prohibido legalmente, y articulada a través de la confección de contratos simulados, por medio de la cual se contrató a decenas de personas " *a sabiendas del perjuicio que provocaban a las arcas públicas, que no tenían por qué soportar el pago de un beneficio empresarial y unos impuestos por la contratación de personal auxiliar fuera de los cauces legales propios del personal funcionario o laboral"*.

La sentencia de instancia sitúa la disposición indebida de fondos públicos, por tanto, en unos pagos adicionales, que no retribuían el trabajo prestado por las personas contratadas: El pago del IVA y el pago de un porcentaje del 20% de beneficio empresarial. Ninguno de estos pagos se habría realizado caso de que las contrataciones hubieran respetado las normas aplicables y son, en definitiva, el perjuicio patrimonial causado a la administración pública.

La conducta descrita en el juicio histórico de la sentencia impugnada constituye una vía de hecho, realizada al margen de las normas reguladoras de la contratación administrativa de personal, y dirigida a crear

una estructura paralela de personal, con el fin de eludir las normas sobre mérito y capacidad. Supone el apartamiento de los caudales públicos del patrimonio público desviándolo de las necesidades de servicio en beneficio del contratante con la administración y en perjuicio de ésta, por lo que esa actuación cumple con las exigencias típicas del delito de malversación de caudales públicos tipificado en el artículo 432 CP vigente al tiempo de los hechos.

En efecto, según la doctrina de esta Sala, que se condensa en la STS 429/2012, de 21 de mayo, "el artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (SSTS 172/2006 y STS 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga".

Por lo tanto, y desde una perspectiva general, la apropiación de fondos públicos por parte del particular que contrató con la administración, en la porción que suponía un desembolso indebido y perjudicial para ésta, es legalmente constitutiva de un delito de malversación de caudales públicos del artículo 432 del Código Penal vigente el tiempo de los hechos que sancionaba como delito a *"la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones"* .

El citado precepto establecía una penalidad inferior a la dispuesta tanto por la modificación introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, como por la reciente reforma establecida por la LO 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso

Por otra parte, el tipo actualmente vigente, no cambia sustancialmente respecto del tipo en vigor al tiempo de los hechos. El actual artículo 432 describe la acción típica como *"apropiar o consentir que otro se apropie del patrimonio público"* y en el artículo 432 vigente al tiempo de los hechos la acción típica se describía como *"sustraer o consentir que otro sustraiga"*. Ciertamente se utilizan verbos nucleares distintos pero vienen a significar sustancialmente lo mismo, dado que la doctrina de esta Sala entendía por sustracción la *"apropiación sin ánimo de reintegro"*.

En efecto, en la STS 429/2012, de 21 de mayo, declaramos que " *el artículo 432 del Código Penal sanciona a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustrajere los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. Sustraer ha de ser interpretado como apropiación sin ánimo de reintegro (SSTS 172/2006 ySTS 132/2010), equivalente a separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos de las necesidades del servicio, para hacerlos propios (STS 749/2008). En definitiva, se trata de conductas en las que la autoridad o el funcionario que tiene a su cargo los caudales por razón de sus funciones, lejos de destinarlos al cumplimiento de las previstas atenciones públicas, los separa de las mismas, y extrayéndolos del control público, con ánimo de lucro los incorpora a su patrimonio haciéndolos propios, o consiente que otro lo haga"*.

9.3 En el motivo se sostiene que los hechos probados referentes a él no son típicos sobre la base de tres concretas alegaciones.

En primer lugar se alega que el Sr. Nicolas no tenía una efectiva disponibilidad material, ni siquiera una inmediata o mediata posesión o tenencia de los fondos públicos, porque no tenía a su cargo, por razón de sus funciones, presupuesto o caudal de FAFFE o SAE, ni de la Consejería de Empleo, sólo de su Dirección General. Tampoco tenía competencias para adoptar decisiones que se tradujeran en disposiciones sobre los caudales públicos con los que se dicen que desde el año 2007 se abonó la nómina de los trabajadores, sino que dicha capacidad de disposición e inversión de los caudales públicos de FAFFE y SAE no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario competente de dichos organismos. Por tanto, carecía del dominio del hecho y ni siquiera puede atribuírsele la condición de garante, al no ostentar un deber normativo o jurídico de actuar y con posibilidad de hacerlo sobre el patrimonio de FAFFE, SAE o de la Consejería de Empleo. , pues nada puede hacer sobre el patrimonio o caudal público de FAFFE y SAE, ni, incluso, sobre el caudal de la Consejería de Empleo.

Esta Sala viene reiterando que no es preciso que el funcionario tenga la competencia para la disposición de los caudales públicos. Basta que tenga capacidad decisoria sobre ellos en función de su posición jerárquica. Hemos declarado que lo importante es que el funcionario tenga la posibilidad de disposición sobre los efectos

sometidos a tal poder, en virtud de la función atribuida al ente público, o en virtud de una mera situación de hecho derivada del uso de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (SSTS. 30.11.94, 1840/2001 de 19.9). Y también que "tener a su cargo" significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario (por disposición de Ley, nombramiento o elección) que tiene la capacidad de ordenar gastos e inversiones. En efecto, la doctrina jurisprudencial mayoritaria se decanta por una concepción amplia, interpretando el requisito "de tener a su cargo por razón de sus funciones" de modo flexible por imponerlo así la mejor protección del bien jurídico. Afirmación que lleva a abarcar tanto aquellos supuestos en los que el funcionario se está atribuyendo la tenencia directa y material de los caudales públicos como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposiciones sobre los mismos.

En la sentencia de instancia, después de describir el sistema de contratación implementado, se declara en relación con el Sr. Nicolas que conociendo la situación de ilegalidad decidió *"mantener a los trabajadores de UMAX y de otras entidades en la sede de la Dirección General que presidía y Delegaciones Provinciales"* y acordó *"contratar más personas con la misma finalidad"*. Por tanto, con independencia de la persona que formalizara cada una de las contrataciones (en todo caso simuladas), el recurrente tenía capacidad de disposición de los fondos en la medida en que, acordada la contratación, el responsable de los fondos debía proceder al pago del coste de las contrataciones. A este respecto conviene recordar que, en caso de contrataciones, el delito se consuma con el reconocimiento de la obligación, ya que desde ese momento nace la obligación de exigibilidad, siendo irrelevante el pago ulterior (STS 459/2019, de 14 de octubre), por lo que lo determinante para determinar la autoría no es tanto quien materialmente ordena el pago sino quien tiene la potestad de contraer la obligación, siendo el pago un acto instrumental posterior.

En segundo lugar se sostiene que la conducta descrita en los hechos probados no supone la sustracción de caudales o efectos públicos con ánimo de lucro, pues lo que se llevó a cabo fue el abono de la prestación de un servicio por trabajadores que se produjo con la finalidad de cubrir las necesidades del servicio que había en la Administración, en un momento de crisis económica con una gran carga de trabajo, necesidad de contratación justificada por la propia Junta de Andalucía al avalar como legal el traspaso de esos trabajadores para que continuaran en los mismos puestos de trabajo. No ha habido perjuicio para la administración y, en todo caso, no hay prueba del mismo ante la ausencia de un informe pericial.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en el apartado anterior de esta sentencia a cuyo contenido nos remitimos.

Y, por último, se aduce que la apreciación del elemento subjetivo del delito de malversación requiere acreditar que al funcionario se le representó el riesgo de lesión del patrimonio público, lo que precisaría comprobar que se representó y asumió voluntariamente que la valoración dada al precio del contrato verbal era superior al valor de mercado, sin que pueda inferirse el dolo de la mera circunstancia objetiva de la diferencia de valor atendiendo en exclusiva al método de valoración seguido en la sentencia.

La queja no puede ser atendida ya que el relato de hechos probados, que en este trance debe ser íntegramente respetado, declara que los hechos se produjeron *"conociendo Nicolas la situación de ilegalidad* ". El delito de malversación en sus dos modalidades es doloso. Precisa el dolo genérico, que requiere el conocimiento de los elementos del tipo y la voluntad de actuar. En concreto, el dolo comprende el conocimiento de que se dispone definitivamente de los fondos públicos en favor de tercero y de forma ilegal y que los objetos o caudales sustraídos pertenecen a las administraciones públicas y, por tanto, son públicos (STS 545/19999, de 26 de marzo y 132/2010, de 18 de febrero) y no cabe duda que a partir del relato histórico, que debe ser entendido en su globalidad, resulta afirmado ese conocimiento.

El motivo se desestima.

10. Juicio de tipicidad del delito de falsedad documental

10.1 En el quinto motivo de este recurso, a través del motivo de casación previsto en el artículo 849.1 de la LECrim se reprocha a la sentencia la aplicación indebida de los artículos 390.1º.4, 392 y 74 CP.

Se argumenta que la sentencia se muestra imprecisa sobre este particular y no concreta qué documentos han sido falsificados; que no se indica qué contratos han sido falsificados, ni su contenido y tampoco qué facturas son falsas y en qué consiste la falsedad. No se señala en qué medida la conducta falsaria ha afectado a los efectos que los documentos en las relaciones jurídicas ni que elementos esenciales de los mismos han sido alterados o modificados. En todo caso, parece que lo que se atribuye al recurrente son el otorgamiento de contratos menores o negociados desde el año 2007 y no se ha practicado prueba que acredite su participación en tales documentos, ni consta en qué han consistido la falsedad de los mismos.

Esta misma queja ya ha sido analizada desde la perspectiva del principio acusatorio y vuelve a plantearse en este caso a través del motivo por infracción de ley previsto en el artículo 849.1 de la LECrim.

Siguiendo la doctrina establecida de forma reiterada por este tribunal y de la que es exponente la STS 799/2017, de 11 de diciembre, entre otras muchas, "el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es plantear una discordancia jurídica con el tribunal sentenciador sobre unos hechos probados, ya inalterables. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado".

En el caso sometido a nuestro examen el relato de hechos probados describe la acción típica de la siguiente forma:

"...Para poder cobrar UMAX lo pactado verbalmente, ante la ilegalidad de la contratación que se había realizado de trabajadores para desempeñar los puestos que se les asignaban en los indicados organismos de la Consejería de Empleo, se utilizó el sistema de simular la concertación de contratos menores inexistentes, para cuyo abono sólo se precisaba la redacción de una memoria justificativa y una factura en la que se debía hacer constar el concepto de la prestación del supuesto servicio concertado, que no era real pues lo que realizaban de forma continuada los empleados, era lo mismo que desarrollaba el personal funcionarial, incluso ocupando cargos de confianza y responsabilidad en la tramitación de asuntos de la competencia de la Dirección General, o bien se acudía a procedimientos de negociación sin publicidad en los que se invitaba a participar a tres empresas vinculadas con UMAX, que eran indicadas por Roman o personal subordinado, a fin de aparentar legalidad en la tramitación del expediente y conseguir la designación arbitraria de ésta mercantil para un servicio que, después, no se realizaba,...

... Samuel , para cobrar su contraprestación, se limitaba a hacer constar en la factura el concepto de la prestación que le indicaban, bien los Jefes de Servicio, Directores Generales de la Consejería de Empleo o los Delegados Provinciales a indicación del Director General Roman y, después, por Nicolas , o bien por el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) o la Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y Empleo (FAFFE)...

...En el año 2007 se abandonó el sistema de abono a UMAX y otras empresas vinculadas a través de los contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad antes indicados a cargo de la Dirección General de Empleo, Secretaría General Técnica u otros órganos directivos de la Consejería de Empleo y el Servicio Andaluz de Empleo, para ser sufragadas las nuevas facturas que se iban generando, igualmente mediante conceptos falsos, por la Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y Empleo (FAFFE), dada la mayor facilidad que tenía en la contratación y pago..."

En los hechos probados de la sentencia impugnada que acabamos de transcribir se condena a los acusados por un delito continuado de falsedad ideológica en documento oficial (artículo 390.1.4ª CP) por documentar contratos menores inexistentes o por utilizar procedimientos de negociación sin publicidad en los que se aparentaba la legalidad de la tramitación de los expedientes para atribuir arbitrariamente a tres empresas vinculadas con UMAX la adjudicación de los distintos contratos. En el caso de Samuel , para cobrar la prestación por la cesión de trabajadores, presentaba facturas con los conceptos de facturación que le indicaban los Jefes de Servicio, Directos Generales de la Consejería de Empleo o Delegados Provinciales, según instrucciones recibidas de Roman , Nicolas o el Servicio Andaluz de Empleo (SAE) o la Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y el Empleo (FAFFE).

El Ministerio Fiscal consideró que el objeto material de la falsedad fueron exclusivamente las facturas y solicitó condena por delito de falsedad en documento mercantil considerando autores a todos los acusados, salvo a Samuel , al que le atribuyó la consideración de cooperador necesario. Sin embargo, la acusación particular interesó condena por delito continuado de falsedad en documento oficial únicamente respecto de los señores Roman , Nicolas y Samuel .

En la medida en que la falsedad documental se predica tanto de los expedientes de contratación como de las facturas aportadas por la actuación conjunta de los tres acusados a que antes hemos hecho referencia, y tratándose tanto de contratos administrativos como de facturas cuya finalidad era dar soporte documental a los procedimientos de contratación, entendemos que los hechos han sido correctamente calificados como falsedad continuada en documentos oficiales. No cabe duda que los expedientes de contratación han de tener la consideración de documentos oficiales y en relación con las facturas, aun cuando puedan tener

originariamente la consideración de documento mercantil o privado, si tienen como única razón de existencia su incorporación a un expediente administrativo, con la finalidad de servir de base a la declaración o resolución administrativa, se equiparan al documento oficial (STS 534/2015, de 23 de septiembre, por todas).

Precisado lo anterior, conviene recordar que el tipo penal descrito en el artículo 390.1.4ª y 4 exige que la falsedad se cometa por un funcionario o autoridad en el ámbito de su normal y propia competencia funcional (STS 478/2014, de 16 de junio y 112/2003, de 3 de febrero) y que realice cualquiera de las modalidades típicas que señala el precepto, entre ellas, faltar a la verdad en la narración de los hechos, que en este caso se concreta en la confección de expedientes de contratación con un contenido diferente de la contratación efectivamente realizada.

Por otra parte, y en relación con la autoría de dicho delito esta Sala viene reiterando que el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, por lo que la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal en la dinámica material, bastando el concierto y reparto previo de papeles para la realización y aprovechamiento de la documentación falseada, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente como quien se aprovecha de la acción, con tal que tenga dominio funcional sobre la falsificación (SSTS 695/2019, de 19 de mayo, 31/10/2007 y 07/04/2003, entre otras muchas) y en este caso se afirma la autoría del recurrente por ser quien ordenaba el contenido que habían de tener contratos y facturas.

El motivo se desestima.

11. Continuidad delictiva

11.1 Por el cauce casacional del artículo 849.1 de la LECrim se denuncia la indebida aplicación de los artículos 66 y 74 CP.

Se alega que, a la vista de los hechos probados de la sentencia impugnada, no puede apreciarse la continuidad delictiva porque los hechos se inician con el acuerdo verbal de 2003, fecha en la que el recurrente no ejercía el cargo, por lo que no se le puede atribuir ningún tipo de participación o concierto de voluntades en relación con dicho acuerdo. Por otra parte, los hechos por los que ha sido acusado se producen en el periodo de 28/04/2008 al 06/04/2009 y en ese periodo los pagos a través de contratos menores y negociados sin publicidad simulados, celebrados por FAFFE y a través de subvenciones de SAE. Entiende la defensa que "no hay unidad de acción, no hay unidad de sujeto activo, hay expedientes de contratación independientes en los que pudiera concurrir otra figura delictiva si se acreditara su tipicidad, como la prevaricación, pero cada uno de ellos de forma autónoma e imputable a la autoridad o funcionario que lo realiza pero no se puede amparar que bajo el instituto de la continuidad delictiva, se atribuya una multitud de actuaciones heterogéneas realizadas por distintos funcionarios o autoridades de distintos organismos, a mi defendido por el simple hecho de haber ejercido el cargo de Director General de Trabajo en periodo comprendido entre el 28 de abril de 2008 a 6 de abril de 2009, sin concretar ni contratos, ni facturas, ni fechas, ni nada".

11.2. El delito continuado es una creación doctrinal y jurisprudencial, reconocida por el legislador en la reforma del Código Penal de 1983 (artículo 69 bis) que constituye una excepción al principio general de acumulación material de penas en los concursos de infracciones, aplicándose la regla de la absorción con agravación de la pena señalada para la infracción más grave de las reunidas bajo el título de la continuidad delictiva. Esta se produce básicamente cuando se da una pluralidad de hechos típicos constituyendo cada uno de ellos un delito distinto y tiene su fundamento en la existencia entre los mismos de una unidad subjetiva/objetiva que se revela como un proceso continuado unitario, fuera de los casos de unidad natural de acción, y por ello se habla de la existencia de una unidad jurídica o de una unidad típica de acción en sentido amplio.

El vigente artículo 74.1 CP fija positivamente los requisitos que deben concurrir para apreciar la continuidad delictiva, sustancialmente análogos los que la jurisprudencia venía reconociendo antes de su incorporación al texto del Código Penal : Cuando en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión el sujeto activo realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, añadiendo el apartado tercero que quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo.

Según ello las condiciones objetivas y subjetivas que nuestra jurisprudencia ha venido exigiendo para la aplicación del delito continuado son las siguientes: (i) Debe tratarse de una pluralidad natural de hechos diferenciables entre sí imputados al acusado y que no hayan sido juzgados anteriormente; (ii) La existencia de un dolo unitario que equivale, desde el punto de vista subjetivo, a la unidad de designio o propósito del sujeto que se traduce en una culpabilidad homogénea que sirve de denominador común de las distintas infracciones; (iii) La unidad del precepto penal violado o bien de igual o semejante naturaleza; d) también desde el punto

de vista objetivo la homogeneidad "del modus operandi" o que se trate de dinámicas comisivas semejantes; (iv) La identidad del sujeto activo, no siendo precisa la de los sujetos pasivos, elemento subjetivo; (v) Que las diversas infracciones se hayan desarrollado dentro de un razonable marco de aproximación en el espacio y en el tiempo; y (vi) Que los bienes jurídicos atacados no sean eminentemente personales salvo la excepción contenida en el artículo 74.3 CP.

En el caso que venimos analizando se cumplen todas estas exigencias típicas respecto de los delitos de malversación de caudales públicos y falsedad documental, Se produjeron una pluralidad de actos falsarios o de disposiciones de fondos que, en ambos casos, tenían similar contenido, fueron realizadas en cada caso por un mismo sujeto, afectaban al mismo bien jurídico, se produjeron en el mismo contexto organizativo y durante un periodo prolongado de tiempo, que en el caso del Sr. Nicolas fue de dos años, periodo durante el que ejerció el cargo de Director General de Trabajo.

En cuanto al delito de prevaricación se dan las mismas circunstancias, si bien sólo procede apreciar la continuidad delictiva cuando se hubieren dictado una pluralidad de resoluciones, cuestión que debe ser analizada aisladamente respecto de cada uno de los recurrentes, ya que algunos de ellos serán absueltos del referido delito, por lo que carece de relevancia alguna la existencia o no de continuidad delictiva y en otros casos, sólo se atribuye una única resolución, en cuyo caso no cabe hablar de continuidad delictiva.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

12. Atenuante de dilaciones indebidas

En el séptimo motivo del recurso, por infracción de ley y con cita del artículo 849.1 de la LECrim, el gravamen que se censura es la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas.

Esta pretensión ya ha sido contestada y desestimada en el fundamento jurídico quinto al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo se desestima.

13. Pronunciamiento sobre Responsabilidad Civil

13.1 En el octavo motivo del recurso, por infracción de ley y a través del motivo de casación previsto en el artículo 849.1 de la LECrim, se censura la aplicación realizada del artículo 109 CP relativa al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles.

Se alega que no existe prueba del nexo causal entre la acción realizada y el perjuicio causado a la administración. Se señala sobre el particular que "no existe ni un solo informe pericial que exprese que a pesar de haberse prestado ese servicio y cumplido el interés general, los hechos han perjudicado a la Administración, sobre todo teniendo en cuenta que la propia Administración ha integrado a esos mismos trabajadores en su plantilla, poniendo en valor el trabajo realizado. Tampoco hay informe pericial que exprese que el precio pactado entre Roman y Samuel está fuera de los precios de mercado, no llegando a entender esta parte que, a falta de estos informes, el Fiscal fije una indemnización, la acusación particular otra y la sentencia otra, entendiendo que el criterio utilizado no es lógico ni racional al obviar que el servicio a la Administración pública por los trabajadores se ha prestado se ha prestado de manera real y efectiva".

13.2 El motivo debe ser estimado parcialmente. En el fundamento jurídico décimo octavo de la sentencia de instancia se determina el perjuicio causado a partir de lo manifestado por el Sr. Samuel , que en su reclamación afirmó que el total de lo facturado fue 3.410.199,96 euros y descontando los conceptos retributivos indebidos (20% de beneficio empresarial e IVA) resultaba una cifra que se acercaba a lo fijado en sentencia en concepto de responsabilidad civil (964.654,16 euros). La sentencia, a su vez, concreta la responsabilidad civil en función de los periodos en que cada uno de los acusados intervino, fijándose las siguientes indemnizaciones: 551.520,50 euros solidariamente a cargo de los Sres. Roman y Samuel ; 234.969 euros, solidariamente a cargo de los Sres. Roman , Samuel y Maximo , por el periodo de 2004 a 2008 y 169.450 euros, a cargo de los Sres. Nicolas , Samuel y Adelina , por el periodo de 2008 a 2010.

Todas las defensas se han quejado de la falta de un informe pericial que acredite con mayor precisión el perjuicio causado y la sentencia hace alusión a distintos cálculos, sin que explique en base a qué documentos o pruebas se ha establecido la responsabilidad civil de cada uno de los acusados, dado que sobre este particular la parquedad de la sentencia es notable.

Por esa razón procede estimar parcialmente este motivo y todos los que se formulan sobre la misma cuestión. En ejecución de sentencia y mediante un incidente contradictorio habrá de determinarse las cantidades por la que cada uno de los acusados que resultan condenados en esta sentencia habrá de responder en concepto de responsabilidad civil, con el límite de las cantidades establecidas en la sentencia impugnada.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

14. Error en la valoración de la prueba (artículo 849.2 LECrim)

En el noveno motivo del recurso, a través del cauce casacional del artículo 849.2 de la LECrim, se argumenta que "tanto de la prueba documental referida a lo largo del presente motivo, como de la prueba testifical y ausencia de prueba pericial, a la que también se ha hecho referencia y que se contiene toda ella en el acta del juicio, no se acredita que mi defendido desde su nombramiento como Director General de Trabajo el 28 de abril de 2008 hasta su cese el 6 de abril de 2010, celebrara ningún contrato verbal ni conociera el celebrado por su antecesor con Samuel y abonara las facturas para retribuir dicho contrato ni celebrara ningún contrato menor ni negociado sin publicidad simulado".

El motivo es improsperable porque se pretende una revaluación global de la prueba y porque no se cita documento alguno que por su contenido evidencie el error fáctico que se denuncia. Es más, el gravamen se sitúa en la ausencia de prueba acreditativa de que el recurrente celebrara algún contrato verbal o que conociera por su antecesor que los pagos de facturas no tenían su causa en un contrato menor o en un negociado sin publicidad. Por tanto, se denuncia la falta de prueba, no la existencia de un error acreditado por un documento literosuficiente, de ahí que esta queja no tenga cabida en el motivo casacional elegido, que tiene unos estrechos márgenes, perfilados de modo constante por la doctrina de esta Sala.

En efecto, el espacio en el que puede operar el motivo de casación previsto en el artículo 849.2 LECrim se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza como si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron". Error que ha de tener la suficiente relevancia para alterar precisamente la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida. Pero, además, el éxito del motivo reclama que se den determinadas condiciones de producción: (i) Ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; (ii) Ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material a 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. El motivo no permite una revalorización del cuadro probatorio para de ahí atribuir el valor reconstructivo que la parte pretende atribuir al documento; (iii) El dato que el documento acredita no debe entrar en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración y (iv) El dato documental que contradiga el hecho probado debe tener virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo en la medida que puede alterar los términos del juicio de subsunción (STS 354/2021, de 29 de abril, por todas).

El motivo se desestima.

15. Falta de claridad y contradicción en los hechos probados de la sentencia

15.1 Con cita del artículo 851.1º y 3º de la LECrim se alega que la sentencia impugnada ha incurrido en los vicios de falta de claridad y contradicción. Los párrafos que se destacan son los siguientes:

En el hecho probado primero se afirma que " *Roman decidió crear en la Dirección General de Trabajo una estructura de personal paralela a la administrativa, para lo que concertó verbalmente con Samuel que contratara a personas que él le indicara, acordando entre ellos el sistema de retribución, retribución que se llevaba a cabo a través de la simulación de contratos menores y negociados sin publicidad hasta el año 2007, año en que la relación se establece entre UMAX y FAFFE, con quien comenzó a contratar y quien le pagaba a partir de ese año. Además de cobrar con subvenciones de FAFFE y SAE"* y en el fundamentación jurídica, con un claro contenido fáctico, se afirma que *"el origen de la conducta en un acuerdo verbal entre Samuel y el Sr. Roman en 2003 y continúa que dicha resolución se fue reiterando en el tiempo contratándose nuevos trabajadores con criterios ocultos y desconocidos, siendo este hecho conocido por don Nicolas porque según los trabajadores Samuel visitaba con asiduidad la DGT, manifestando después, para fundamentar la falsedad de la contratación que iba a la DGT con carácter puntual, llegando a afirmar, incluso, en el mismo fundamento, página 41, la existencia de distintos contratos verbales"* . También se dice que " *en los hechos probados la forma de pago desde el año 2007, los autores de los contratos menores y sin publicidad (FAFFE) y los otorgantes de las subvenciones (FAFFE y SAE), sin embargo, se las atribuye a mi defendido por el simple hecho de haber ostentado el cargo de DGT"*.

15.2 La censura casacional que habilita el artículo 851.1 de la LECrim se ha de ir referida exclusivamente a cuestiones gramaticales o de redacción.

En efecto, la falta de claridad se produce cuando la redacción de los hechos probados aparece confusa, dubitada o imprecisa, de modo que, por su insuficiencia u oscuridad o por no expresarlos de forma conclusiva, imperativa, terminante o categórica, sino vacilante y dubitada, pueda conducir a subsunciones alternativas o

sea imposible realizar la subsunción, consecuencia de la ambigüedad del relato (SSTS 725/2011 de 30 de junio y 766/2015 de 13 de diciembre, por todas).

Y la contradicción se aprecia cuando sea interna, es decir, residenciada exclusivamente en los hechos probados y no por contraposición entre éstos y la fundamentación jurídica; cuando sea gramatical o semántica, de suerte que no existirá cuando la contradicción sea el resultado de razonamientos acertados o desacertados. También hemos precisado que la contradicción debe ser absoluta, mediante el empleo de términos antitéticos que no permitan su corrección o superación acudiendo a otras expresiones del mismo relato y debe afectar a elementos esenciales en cuanto determine una clara incongruencia entre lo que se declara probado y sus consecuencias jurídicas (STS 869/2015, de 28 de diciembre, entre otras muchas).

En el presente caso el motivo no se ajusta a las exigencias casacionales a que nos acabamos de referir.

De un lado, no se hace una cita literal del contenido de la sentencia para que podamos apreciar si existe o no la falta de claridad o la contradicción que se dice existente. De otro lado, las deficiencias a que alude el motivo no se residencian en el *factum* de la sentencia sino entre e juicio histórico y la fundamentación jurídica y, por último, no se explica en el motivo en qué consiste la falta de claridad o la contradicción, ya que lo que parece deducirse de la argumentación utilizada es la discrepancia de la defensa con la valoración de la prueba, cuestión que nada tiene que ver con el cauce casacional elegido.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

RECURSO DE Samuel

16. Derecho a la imparcialidad del tribunal

16.1 En el primer motivo del recurso de casación promovido por don Samuel y en el motivo quinto de los recursos interpuestos por don Maximo y doña Adelina se ha censurado la sentencia por la vulneración del derecho a un juez imparcial. El eje de estas impugnaciones gira en torno a la actuación del presidente del tribunal durante el juicio y en la posterior actuación del tribunal al valorar la prueba.

En el recurso promovido por don Samuel se destaca que la intervención del presidente no se limitó a solicitar alguna aclaración a los declarantes sino que sobrepasando ese límite actuó "inquiriendo datos y formulando cuestiones que iban mucho más allá del rol que tanto la norma como la propia jurisprudencia le tienen asignado para asegurar esa imprescindible imparcialidad, actuando, en ocasiones, incluso más activamente que las propias acusaciones formales. Prueba palpable de lo anterior la tenemos en la actitud mostrada durante la declaración de mi representado y, en menor medida, en la del resto de acusados, pero, sobre todo, al intervenir inquisitoriamente en los interrogatorios de casi la totalidad de los testigos que depusieron a lo largo de las distintas sesiones en que se dividió la vista oral celebrada en la presente causa, formulando cuestiones que ni tan siquiera habían sido objeto de las preguntas formuladas por las acusaciones".

La falta de imparcialidad se afirma también en la forma en que se valoró la prueba ya que no se hizo mención alguna del testimonio prestado por el recurrente ni de los testigos propuestos por las defensas,. En la misma dirección sitúa la defensa la valoración de los documentos aportados por doña Matilde , que fue admitida por el tribunal aun a pesar de ser simples fotocopias, que no tenían siquiera el sello de la Dirección General de Trabajo. Por otra parte, la sentencia asume las tesis de la acusación, a pesar a la carencia de prueba, y asume sus errores y así se incluyen en los hechos probados como trabajadores de UMAX a cinco personas que se demostró que nunca habían pertenecido a la citada empresa.

En el motivo quinto de los recursos interpuestos por don Maximo y doña Adelina , ambos con idéntico contenido, se señala que el presidente del tribunal realizó más de doscientas preguntas a acusados y testigos, llevando a cabo una actuación inquisitorial y convirtiéndose en instructor y acusador, tratando de suplir las deficiencias de los escritos de acusación. Su conducta, se dice, fue marcadamente incriminatoria, yendo mucho más allá de una mera aclaración para constituir el fundamento de la condena. En estos dos motivos se transcribe literalmente las preguntas realizadas por el Presidente y se señala la relevancia de las preguntas formuladas para el pronunciamiento condenatorio.

16.2 Para dar respuesta a esta queja haremos una breve reseña de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a un juez imparcial.

Este derecho aparece expresamente reconocido en el art. 6.1 CEDH . El precepto, bajo el epígrafe "Derecho a un proceso equitativo", garantiza a toda persona el "derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley (...)".

Aun cuando nuestra Constitución no hace referencia explícita a este derecho, el Tribunal Constitucional primero lo consideró englobado dentro del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (SSTC 47/1983, de 31

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

de mayo, FJ 2) y después en el derecho a un juicio con todas las garantías (STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 5), lo que suponía la progresiva confluencia entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la establecida por el TEDH en interpretación del artículo 6.º1 CEDH (STC 25/2022, de 23 de febrero).

En esta última sentencia recuerda el alto tribunal que *"la estricta sujeción del Juez a la ley penal sustantiva y procesal que rige sus actos y decisiones constituye la primera y más importante garantía del juicio justo en la medida en que dicha sujeción asegura a las partes en el proceso que el Juez penal es un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñen en el proceso. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas. Por esta razón le está vedado constitucionalmente asumir en el proceso funciones de parte (STC 18/1989, de 30 de enero , FJ, con cita de la STC 53/1987, de 7 de mayo , FFJJ 1 y 2), o realizar actos en relación con el proceso y sus partes que puedan poner de manifiesto que ha adoptado una previa posición a favor o en contra de una de ellas, lo que es aún más relevante cuando se trata del imputado en el proceso penal (por todas STC 162/1999, de 27 de septiembre , FJ 5)"*.

Señala también el Tribunal Constitucional que *"la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra"*. Se describen de esta forma las dos vertientes de este derecho: objetiva y subjetiva.

En cuanto a la imparcialidad objetiva el máximo intérprete ha señalado que *"el juez no puede traspasar los límites del principio acusatorio perdiendo su apariencia de objetividad lo que se produciría caso de llevar a cabo una actividad inquisitiva encubierta, desequilibrando la necesaria igualdad de las partes en el litigio, respaldando con su actuación las pretensiones de una de las partes en detrimento de las demás (SSTC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2 y 288/2021, de 28 de octubre)"*.

Ahora bien, no toda intervención resulta indebida, por lo que para determinar si ha habido o no lesión del derecho a la imparcialidad judicial y al derecho de defensa deben analizarse las circunstancias concretas de cada caso (STC 148/2021, de 28 de octubre).

En relación con la intervención del juez o presidente del tribunal en los interrogatorios el artículo 708 de la LECrim señala expresamente lo siguiente: *"El Presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del Tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren"*.

Se trata de una herramienta necesaria para el ejercicio de la inmediación judicial que se configura como un presupuesto del principio de libre valoración de la prueba, integrándose en el derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE en cuanto que el tribunal no puede tener dudas sobre el contenido de las distintas declaraciones desde el punto de vista de su entendimiento lógico y de su relación con los aspectos esenciales de los hechos enjuiciados (STC 288/2021, de 28 de diciembre). Añade el tribunal constitucional que *"es necesario tener clara la conexión o relación entre lo que el testigo dice y los aspectos esenciales de los hechos enjuiciados. Por tanto, forma parte de la propia naturaleza de la inmediación judicial que el tribunal pueda formular preguntas a un testigo sobre aquellos aspectos fácticos que no le hayan quedado claros como resultado del interrogatorio de las partes. Ese es el sentido de la expresión "depurar los hechos" contenida en el art. 708, párrafo segundo LECrim . Se trata de desbrozar, limpiar o aclarar los hechos que, en definitiva, son el objeto del juicio oral, para su adecuado discernimiento"*.

Por tanto, el uso de esta prerrogativa no puede suponer en todo caso que el tribunal se convierta en acusación, en juez y parte al mismo tiempo, con la consiguiente pérdida de su debida imparcialidad, por lo que las dudas que se susciten sobre su imparcialidad deben estar objetivamente justificadas (STC 47/2011, de 12 de abril) y deben ser analizas desde una valoración global del juicio, analizando también si la actuación del tribunal ha sido determinante de algún tipo de indefensión material (STC 48/2021, de 28 de octubre).

16.3 En el caso, hemos comprobado que el interrogatorio del Sr. Samuel , que fue en el que el Tribunal tuvo una intervención más intensa y activa, tuvo una duración de dos horas (Video 3, minutos 15 a 60; video 4, minutos 0 a 40 y video 5, minutos 1 a 35) y las preguntas formuladas por el Presidente y por una de las magistradas del tribunal (que formuló una pregunta) fueron aclaratorias pues se referían a cuestiones por las que previamente había sido preguntado el acusado. Durante todo el interrogatorio el tribunal realizó muy pocas preguntas (aproximadamente 10) y siempre de contenido aclaratorio y sólo al final de la extensa diligencias de prueba el Presidente, a modo de resumen final y durante 6 minutos, realizó una serie de preguntas (aproximadamente 17) para clarificar aspectos muy puntuales, sin que ninguno de los abogados presentes formulara protesta.

El interrogatorio realizado al Sr. Maximo tuvo una duración de 59 minutos (Video 10) y también en los minutos finales del interrogatorio tanto el Sr. Presidente como una Sra. Magistrada interrogaron al acusado durante 7 minutos al acusado solicitándole aclaraciones sobre unas cuestiones técnicas por las que ya había sido preguntado por las partes, referentes al modo de fiscalización de las facturas que se presentaban al cobro por UMAX. El interrogatorio se limitó a la petición de explicaciones muy concretas sobre aspectos técnicos de fiscalización de cierta complejidad, sin que por las defensas se formulara en ese momento protesta alguna.

La Sra. Adelina respondió a las partes durante una hora y seis minutos (Videos 11 y 12) sin que el tribunal le formulara pregunta alguna.

En cuanto a los restantes interrogatorios se ha podido comprobar que el tribunal formuló escasas preguntas, si se atiende a la extensión de cada uno de ellos, siempre de contenido aclaratorio y sin que las partes formularan tampoco protesta.

A la vista de cuanto se acaba de exponer no apreciamos pérdida de imparcialidad porque el tribunal, especialmente al final de algunos interrogatorios, reclamara de los distintos intervinientes algunas aclaraciones puntuales sobre lo que había sido objeto de pregunta y respuesta con anterioridad. Con su comportamiento el tribunal no suplió a la acusación, reclamando respuestas sobre cuestiones que no habían sido previamente objeto de indagación por las partes, sino que invitó a los distintos declarantes a precisar alguna de sus respuestas para aclarar aspectos muy puntuales. Las aclaraciones interesadas fueron muy limitadas si se atiende al número de preguntas formuladas y al tiempo de cada uno de los interrogatorios, siendo de destacar que las partes no formularan protesta alguna durante el juicio para hacer notar su discrepancia con el criterio del tribunal.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

17. Presunción de inocencia

17.1 En los motivos segundo y tercero de este recurso se contiene una extensa argumentación dirigida a convencer a esta Sala de la ausencia de prueba de cargo y de la arbitrariedad en el criterio valorativo del tribunal de instancia. En el motivo segundo se articula la queja afirmando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por considerar que la sentencia condenatoria es fruto de la arbitrariedad y en el motivo tercero la censura se canaliza a través de la supuesta vulneración del principio de presunción de inocencia.

Dada la similitud de los argumentos y teniendo en cuenta, como ya hemos argumentado con anterioridad, que el derecho a la tutela judicial efectiva carece de autonomía respecto al derecho a la presunción de inocencia, cuando lo que se pretende es censurar una sentencia por insuficiencia de prueba e irracionalidad en su valoración, abordaremos ambos motivos conjuntamente y por el cauce casacional procedente: la lesión del derecho a la presunción de inocencia.

En el extenso desarrollo argumental de ambos motivos se relaciona la insuficiencia de la prueba y su irracional valoración en los términos que, a continuación se resumen:

(i) Se reconoce que en la empresa UMAX se contrataron a los trabajadores que se refieren en la sentencia (salvo cinco de ellos) para prestar servicio en la Dirección General de Trabajo y en las Delegaciones de la Consejería de Empleo pero se afirma que no es cierto que el Sr. Samuel supiera que se trataba de una contratación ilegal dado que se hizo siguiendo instrucciones de los Jefes de Servicio y dado que se trataba de una actuación fiscalizada por la administración;

(ii) Ningún trabajador fue contratado por SQUARE INVERSIONES o por ULTRA INFORMÁTICA SL y todos lo fueron por UMAX;

(iii) Se señala también que la mercantil INARIA nada tiene que ver con el recurrente;

(iv) Cinco trabajadores no prestaron servicio para UMAX y son; Constanza , Candida , Guadalupe , Lorenza Patricia que prestaron servicio para las empresas INARIA, ARSI y FAGIA;

(v) El recurrente no tenía conocimiento de que alguno de los trabajadores contratados fueran conocidos o tuvieran algún tipo de relación con el Sr. Roman ;

(vi) No es cierto que las facturas giradas por UMAX fueran todas ellas referidas a prestaciones inexistentes dado que se ha probado por distintos testimonios que respondían a servicios de informática efectivamente prestados y no hay prueba de que los procedimientos negociados en que participó UMAX y las facturas giradas fueran simuladas;

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

(vii) No es cierto que ni el Sr. Roman ni el recurrente hayan reconocido en ningún momento la falsedad de las facturas o de los contratos menores o negociados y tampoco hay prueba de que se pactara que las personas contratadas prestaran servicios en la sede de la Consejería, de sus dependencias o de sus órganos periféricos;

(viii) Se cuestiona el contenido del Informe del Servicio de Contratación y Convenios de la Secretaría General Técnica y se pone de relieve que no se ha tomado en consideración una de sus conclusiones relativa que "no puede conocerse qué pagos efectuados a las empresas mencionadas son imputables a la puesta a disposición de los trabajadores y trabajadoras";

(ix) Se alega falta de congruencia en la valoración de dicho informe dado que se declara probado que todos los pagos eran falsos a pesar de que hay facturas que no se incluyen en la relación de facturas falsas;

(x) Es lógico que no haya contratos menores porque en este tipo de contrato sólo debe constar la factura y la memoria;

(xi) Se afirma que debe ser normal que coincida la fecha de la factura con la fecha de la memoria dado que estos documentos habrían de redactarse una vez finalizados los trabajos, remitiéndose en este particular a lo declarado por el Interventor Delegado, don Benjamín ;

(xii) Se cuestiona el informe del Sr. Jose Ignacio , relativo a una contratación en Málaga y se sostiene que se debió tratar de algún trabajo informático realizado por UMAX dado que en esa fecha (2004) ningún trabajador había sido cedido a la delegación de Málaga;

(xiii) La declaración de la Sra. Herminia confirma la legalidad de las contrataciones y no se entiende que si las contrataciones eran ilegales no se haya imputado a todos los responsables administrativos que intervinieron en ellas;

(xiv) Se insiste en que además de ceder trabajadores se prestaron servicios de informática como se deduce de las declaraciones del testigo don Ovidio y doña Emilia ;

(xv) Se afirma la existencia de un flagrante error fáctico en relación con el contrato adjudicado el 09/08/2006 dado que lo que señala la comunicación de 27/01/2011 es que el trabajo aún no se había recepcionado correctamente no que no se hubiera ejecutado;

(xvi) Se muestra extrañeza porque la sentencia declare que las facturas giradas a FAFFE fueran falsas y que, sin embargo no se haya traído al proceso a las personas vinculadas con esa fundación;

(xvii) Desconoce el recurrente a qué obedecieron las subvenciones concedidas a FAFFE pero se pone en duda que los Secretarios Generales Técnicos tuvieran facultad alguna para conceder tales subvenciones;

(xviii) Se reconoce que se concedieron tres subvenciones a UMAX pero todas ellas se referían a trabajos efectivamente prestados sin que exista ilicitud alguna en la concesión de las mismas, como se deduce de la prueba documental que se cita expresamente;

(xix) Por último, se hace referencia a la declaración testifical del agente policial encargado de la investigación que acredita que no se investigó nada en relación con la actividad llevada a cabo por UMAX por lo que la afirmación de que todos los pagos se hicieron como contraprestación de la cesión de trabajadores carece de soporte probatorio.

En el motivo tercero del recurso, se completa la alegación sobre la insuficiencia de la prueba de cargo con los siguientes datos:

(xx) En relación con el delito de prevaricación se afirma que se siguió un proceso de contratación de los trabajadores correctos dado que se les exigía el curriculum y todos tenían experiencia profesional, siendo irrelevante a estos efectos que conocieran al Sr. Roman o al Sr. Nicolas ;

(xxi) Se insiste en que se señalan cinco trabajadoras como contratadas (intrusas) que realmente nunca lo fueron por UMAX y que no es cierto que se omitiera totalmente el proceso de contratación en la medida en que se contrataron personas para la prestación de servicios de apoyo puntuales, afirmándose que no procedía seguir los principios de mérito y capacidad en la contratación dado que nunca se pretendió que los trabajadores llegaran a forma parte de modo permanente de la administración;

(xxii) Se cuestiona la afirmación de la sentencia de que el recurrente careciera de solvencia profesional y se destaca como contradicción que, a pesar de esa supuesta falta de solvencia, la sentencia afirme que conocía los intríngulis del derecho administrativo;

(xxiii) Se hace referencia al concepto de empleo en la administración pública, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional y que en este caso UMAX realizaba una función similar a la que

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

realizan las empresas de Empleo Temporal por lo que el recurrente nunca tuvo conciencia de la ilegalidad de su actuación y la sentencia no explica por qué razones debía conocer la ilegalidad de la actuación que estaba llevando a cabo.

(xxiv) En relación con el delito de falsedad documental entiende que se trataría de un supuesto de falsedad ideológica y se añade que en función de la documental aportada y de que se facturaron trabajos informáticos no puede saberse qué cantidad se pagó por la cesión de trabajadores y qué cantidades por esos otros servicios prestados por UMAX y se alega que todas las facturas presentadas al cobro en FAFFE y SAE se refieren a trabajos efectivamente prestados, por lo que no hay prueba acreditativa de los concretos documentos que puedan haber sido objeto de falsificación ya que no pueden tener esa consideración el informe del Sr. Carlos Jesús , ni los documentos aportados, de los que se afirma que son innominados, sin autoría, sin fecha, firma y sin adverar.

(xxv) No hay prueba de que estos documentos fueran aportados a la administración por el recurrente ni fueran redactados por él y que a tal efectos son insuficientes las declaraciones testificales de las personas contratadas por UMAX o la declaración tributaria de los pagos;

(xxv) No hay prueba que acredite la conclusión de la sentencia de que las transferencias entre las INARIA, SQUARE o ULTRA u UMAX se realizaran con la intención de ocultar los pagos por el personal cedido a la DGT.

(xxvi) Por último y en relación con el delito de malversación se contradice la conclusión de la sentencia afirmando que la contratación de los trabajadores no supuso un perjuicio para la administración sino un ahorro de 235.548, 50 euros, haciendo tal cálculo a partir de la tabla salarial del personal administrativo obrante al folio 80 de las actuaciones.

17.2 Atendiendo a los argumentos contenidos en el fundamento jurídico quinto de la sentencia, el delito de prevaricación administrativa, que viene constituido por el otorgamiento de un contrato verbal para la contratación de trabajadores que habrían de prestar servicios en dependencias administrativas, al igual que el personal administrativo, y el delito de malversación vendría determinado por el abono por esas contrataciones de unas cantidades que la administración no tendría que haber pagado de llevarse a cabo la contratación de acuerdo con los procedimientos previstos en la ley.

En el fundamento jurídico quinto se afirma que la prueba fundamental, tanto de la existencia de la contratación como de su contenido, viene determinada por las reclamaciones realizadas por el propio Sr. Samuel presentadas en nombre de la mercantil UMAX en fechas 07/10/2010, 10/10/2011, 09/03/2012 y 06/08/2012.

El contenido de esos documentos resultó corroborado por las declaraciones prestadas en juicio por los propios otorgantes, según se refiere expresamente en el fundamento jurídico duodécimo de la sentencia de instancia, y por las declaraciones testificales de los trabajadores contratados.

Con apoyo en esas evidencias probatorias la sentencia precisa el contenido de ese acuerdo, los trabajadores contratados, la norma administrativa infringida para justificar que esa actuación, que constituyó una violación flagrante de la ley, realizada por el Director General de Trabajo que, además, carecía de competencia para otorgar el contrato.

En el recurso se reconoce la realización de esta clase de contratación por más que se alegue que cinco de los trabajadores relacionados no fueron contratados por UMAX, afirmación que no desdice la ilegalidad de las restantes contrataciones, y lo que, en realidad se cuestiona es que el recurrente tuviera conocimiento de que esa actuación fuera flagrantemente ilegal, dado que se realizaba con la administración pública y se trataba de una actuación fiscalizada por los órganos administrativos competentes.

Pues bien, la sentencia de instancia en su fundamento jurídico séptimo señala un buen número de evidencias, cuya valoración conjunta permite afirmar con la necesaria seguridad que el Sr. Samuel conocía la ilegalidad que se perpetraba en la contratación, no porque se presuma su conocimiento del derecho administrativo, sino porque la contratación se instrumentó a través de contratos simulados y facturas por servicios no realizados y distintos de la cesión de trabajadores, habiéndose acreditado con suficiencia que el recurrente para la redacción de las facturas seguía las instrucciones que en cada caso recibía, lo que evidencia su conocimiento de la ilegalidad de todo el proceso.

Las evidencias que destaca la sentencia para tener por acreditados los hechos objeto de acusación son las siguientes:

(i) La declaración de Roman en la que reconoció que se instrumentalizó el pago con contratos menores con un contenido muy específico, que no era el realizado por el personal de UMAX.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

(ii) La declaración del propio acusado y de los trabajadores contratados en relación con la existencia de la contratación verbal y de los servicios prestados por éstos.

(iii) El Informe del Servicio de Contratación y Convenios de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (f. 1098 vuelto y 1099) " *de las comprobaciones realizadas y el requerimiento de los distintos contratos formalizados con la interesada, se constata que no existe ninguno que tuviese como objeto la puesta a disposición del personal de UMAX para el ejercicio de actividades que en cada momento fueran requeridas por la extinta Consejería de Empleo, por lo que es presumible que esta puesta a disposición se produjese en el marco de diversas relaciones contractuales de objeto diverso*.

(iv) La documentación remitida con fecha 26 de octubre de 2012 por la Dirección General de Relaciones Laborales en la que se dice que "e *xisten varios documentos que incluyen tablas de personas con unas cantidades asociadas organizadas por meses, que podrían entenderse como devengos salariales y en los que se totaliza en conceptos tales como deuda pendiente o pendiente de facturar a FAFFE. En concreto, el documento e 1, además de la información anterior, contiene sendas tablas, figurando en una, pagos de la Delegaciones Provinciales a cuatro empresas: UMAX, SQUARE, INARIA y ULTRA INFORMATICA, y en otra, una relación de pagos de "FUND ANDALUZA FONDO. F.E.". Del cuadro pudiera colegirse que estos pagos están relacionados con aquellos devengos. Habiéndose comprobado la realidad de los pagos que figuran en las mencionadas tablas*". Finalizando dicho informe diciendo (f. 1103 vuelto) " *de las comprobaciones anteriores podría concluirse que los pagos dirigidos a retribuir la puesta a disposición de los trabajadores y trabajadoras de la interesada (UMAX), se hacía en el marco de diversos contratos entre la extinta Consejería de Empleo y las empresas mencionadas, o e*

(v) La ausencia de contratos menores escritos que acrediten la condiciones de los acuerdos adoptados para su supuesta concertación.

(vi) La coincidencia temporal de un gran número de facturas presentadas por Samuel al cobro, con la fecha del documento de justificación motivada del supuesto contrato emitido por el Jefe de Servicio o el Director General. Se reseñan nominalmente a título de ejemplo las facturas giradas en 2004 y con propuesta de pago realizada por el Sr. Maximo .

(vii) El Informe de don Jose Ignacio , Secretario General de la Delegación Provincial de Málaga (folio, entre otros 1100 y 1101), explicativo de la forma de actuación en los órganos periféricos respecto a UMAX, y del pago de facturas por contratos desconocidos en dichos organismos.

(viii) El escrito de alegaciones presentado por la defensa del Sr. Samuel de fecha 17/11/2014 en el que se reconoce que el Sr. Samuel se limitó a ejecutar los contratos que hacían los funcionarios, al margen de cual fuera su contenido, limitándose a financiar económicamente la contratación del personal.

(ix) El informe emitido por el Jefe del Servicio de Contratación y Convenios, en el que se afirma que " *los expedientes de contratación remitidos por las delegaciones Territoriales de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva y Sevilla en el curso de la información interna llevada a cabo en la Secretaría General Técnica a raíz de la reclamación de UMAX en 2012, constatan que, efectivamente, las empresas efectivamente invitadas en los procedimientos negociados realizados en 2007 eran las tres citadas, evidenciando con ello el interés de los Servicios Centrales de la Consejería de consumar la concertación acordada con Samuel y el Sr. Roman y su pago mediante los sistemas antes indicados de utilización de conceptos inexistentes para justificar las facturas que presentaba UMAX"*.

Ese informante, que declaró como testigo en el juicio manifestó que " *en el expediente no ha visto facturas con el concepto de nóminas de trabajadores en los años 2003 a 2006, como las que presentó Samuel en su escrito de 10 de octubre de 2011 referidas a los años 2007 a 2010"*, respondiendo, seguidamente, a la pregunta de ¿si constaba el abono de estos servicios desde 2003? que, " *requerimos todas las relaciones contractuales que había con la empresa, donde vimos que había, fundamentalmente, relaciones contractuales de contratos menores en Servicios Centrales, en las Delegaciones Provinciales; había contratos menores y procedimientos negociados y también había pagos por parte de FAFFE y algún pago por parte del SAE, entonces, pagos de un documento, un pago dirigido al pago de nóminas como tal no existía, lo que existía eran numerosas relaciones contractuales de objeto diversos donde se hacían pagos de esas relaciones contractuales*".

(x) La comunicación de fecha 27 de enero de 2011 del Servicio de Administración General y Contratación al Gabinete de Programas de Seguridad Social (f. 71), en el que se alude a un contrato adjudicado a UMAX el 9 de agosto de 2006 por un importe de 115.697,40 euros, de los que se habían abonado 110.000 euros y no se había reclamado el resto, y se dice que " *con fecha 24 de marzo de 2008 el Servicio de Ordenación y Coordinación Laboral comunicó que el trabajo no había sido aún recepcionado de conformidad y que, por tanto, no se podía tramitar el último pago. Habiendo transcurrido tiempo y sin que conste en este Servicio trámite alguno relativo a la ejecución de este contrato, se va a proceder a iniciar el procedimiento de resolución del mismo. En caso*

de que procediese continuar la tramitación deberá acompañar memoria justificativa del retraso sufrido en su ejecución". Se había pagado y no consta que se hubiera ejecutado el contrato.

(xi) Y los informes de vida laboral de los trabajadores que no tenían continuas altas y bajas, lo que acredita que su contratación no fue por necesidades puntuales, lo que acredita la falta de justificación de los contratos menores.

Según hemos argumentado en el fundamento jurídico 4.2 de esta sentencia, la invocación de lesión del derecho a la presunción de inocencia, no habilita a este tribunal de casación a realizar un análisis pormenorizado de cada prueba, descontextualizando cada una de las evidencias. Ese modelo de deconstrucción que propone el recurso no es admisible. No se trata de reevaluar de forma completa la prueba para determinar después de ese proceso si nuestro criterio es coincidente con el del tribunal de instancia, sino valorar, desde una perspectiva global, si el pronunciamiento de condena tiene soporte en prueba de cargo suficiente y si el proceso de valoración seguido por el tribunal de enjuiciamiento es homologable por su lógica y razonabilidad. Debemos analizar la estructura del discurso valorativo de la prueba para determinar si las conclusiones fácticas de la sentencia se ajustan a criterios de lógica, máximas de experiencia y sentido común.

Desde esa perspectiva y en consideración a cuando se acaba de exponer, el tribunal de instancia ha contado con un conjunto de evidencias de suficiente potencial informativo para afirmar sin margen de duda razonable y con la suficiente seguridad que la participación activa y consciente del recurrente en los hechos objeto de acusación, mediante una contribución necesaria y con pleno conocimiento de la ilegalidad del proceso.

En consecuencia, el motivo se desestima.

18. Derecho a ser informado de la acusación

En el cuarto motivo de este recurso se censura el proceso seguido hasta la sentencia condenatoria, por lesión del derecho a ser juzgado con todas las garantías (artículo 24.2 CE) en su vertiente del derecho a ser informado de la acusación y del derecho a la defensa.

Se denuncia en el cuarto motivo de este recurso la formulación de una acusación abstracta y sin precisión, tanto en el trámite de conclusiones provisionales como definitivas, todo ello a pesar de las objeciones y protestas de las defensas, que impugnaron los escritos de calificación. La acusación no ha precisado los contratos que se estiman falsos e incluso la falsedad documental se deriva, según las acusaciones, de distintos documentos y tampoco ha precisado que pagos se consideran fraudulentos, resultando baldíos los intentos del tribunal por suplir ese vacío.

Este motivo ya ha sido objeto de respuesta en el en el fundamento jurídico séptimo de esta resolución, que reiteramos.

El motivo se desestima.

19. Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Sobre este motivo de impugnación ya nos hemos pronunciado en el fundamento jurídico quinto de esta resolución, al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias.

El motivo se desestima.

20. Juicio de tipicidad del delito de falsedad en documento público

En el motivo sexto, por infracción de ley (artículo 849.1 de la LECrim) se sostiene que no cabe condenar al recurrente como autor de un delito del artículo 392 CP dado que ese tipo penal excluye la falsedad ideológica que es la el tipo de falsedad por la que han sido condenados los funcionarios (390.1.4 CP) a quienes se atribuye la misma conducta.

El motivo debe ser desestimado. Según el relato fáctico, la concreta intervención del recurrente en las falsedades documentales se circunscribió a la confección de facturas que reflejaban conceptos de facturación inexistentes. En las facturas se simulaba la realización de unos trabajos que no habían tenido lugar. Los citados documentos eran, por tanto, simulados ya que tienen tal consideración los documentos que se confeccionan deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una realizada jurídica absolutamente inexistente (SSTS. 1302/2002, de 11 de julio, 1536/2002, de 26 de septiembre, 2028/2002, de 2 de diciembre, 325/2004, de 11 de marzo, 145/2005, de 7 de febrero, 37/2006, de 25 de enero, 900/2006, de 22 de septiembre, 63/2007, de 30 de enero y 641/2008, de 10 de octubre).

El Sr. Samuel no realizó una falsedad ideológica, sino una falsedad por simulación, sancionable penalmente conforme al artículo 392 del Código Penal cuando, como en este caso, es realizada por particulares.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Puede pensarse que este cambio de calificación es contrario al principio acusatorio, al mantener la condena aplicando una modalidad falsaria distinta de la contemplada en la sentencia, pero ya hemos dicho en situaciones similares que no hay lesión del acusatorio. No hay variación en los hechos, la nueva calificación fue objeto de acusación por parte del Ministerio Fiscal y lo único que se modifica en esta instancia es la modalidad falsaria sin alteración del tipo aplicado y de la pena y esta Sala viene reiterando que no hay lesión del principio acusatorio porque este tribunal aprecie una modalidad falsaria diferente de la tomada en consideración por el tribunal de instancia (659/2019, de 19 de mayo).

En consecuencia, el motivo se desestima.

21. Error en la valoración de la prueba (artículo 849.2 LECrim)

En el séptimo motivo del recurso se denuncia una errónea valoración de la prueba, utilizando el cauce casacional del artículo 852 de la LECrim, remitiéndose a los motivos anteriores para concluir que la valoración que de los hechos realizado la sentencia de instancia no se corresponde con el resultado de la prueba.

En el fundamento jurídico décimo cuarto hemos referido el estrecho margen de impugnación que permite el precepto antes citado, que ha limitarse a afirmar errores sobre el resultado probatorio que deriven directamente de documentos literosuficientes, sin que sea admisible que por esta vía casacional pretender una revaluación general de la prueba, que es precisamente lo que se busca en este apartado del recurso.

El motivo se desestima.

22. Contradicción en los hechos probados

El motivo octavo del recurso censura la sentencia con apoyo en el artículo 851.1 y 2 de la LECrim insistiendo en lo que, a su juicio, es una absoluta falta de prueba sobre los hechos objeto de condena, lo que aleja la censura del ámbito propio del motivo de casación utilizado.

En el fundamento jurídico décimo quinto hemos precisado nuestra doctrina sobre los vicios de la sentencia impugnables por la vía del artículo 851.1 y 1 de la LECrim que nada tienen que ver con problemas de valoración probatoria, lo que determina el fracaso de la impugnación.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Manuel

23.Falta de claridad y contradicción en los hechos probados de la sentencia

23.1 En el primer motivo del recurso y con invocación del artículo 851.1 de la LECrim se denuncia que los hechos atribuidos al recurrente y ocurridos con posterioridad a mayo de 2010 no se incluyeron en la información de los hechos realizada al tiempo de prestar declaración ni fueron objeto de instrucción o acusación. Y se denuncia también la contradicción existente en los fundamentos jurídicos quinto a séptimo de la sentencia impugnada.

El cauce casacional elegido por esta defensa para plantear su impugnación no es adecuado. Según jurisprudencia constante y consolidada de esta Sala, la falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados. Al igual que ocurre con la contradicción, la falta de claridad es un vicio interno del relato fáctico de la sentencia que sólo surge por omisiones sintácticas o vacíos de comprensibilidad que impidan conocer qué es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (STS 766/2015, de 13 de diciembre, por todas) Y el vicio de contradicción, según doctrina jurisprudencial constante, sólo puede apreciarse cuando en los hechos probados y como consecuencia de su redacción se empleen términos o frases que contengan afirmaciones simultáneas contradictorias que den lugar a un vacío absoluto de comprensibilidad (STS 869/2015, de 28 de diciembre, entre muchas).

En este caso no se hace alusión a ningún problema sintáctico del juicio histórico y las contradicciones a las que se refiere el motivo no se residencian en éste sino en la fundamentación jurídica por lo que, atendida la doctrina expuesta, el motivo desborda claramente el ámbito de impugnación que permite el artículo 851.1 de la LECrim.

23.2 Dicho lo anterior, lo que plantea este primer apartado del recurso es la lesión del principio acusatorio al sostener que el recurrente no fue informado de los hechos por los que ha sido condenado antes de recibírsele declaración como investigado y que los hechos por los que ha sido condenado no fueron objeto de acusación.

Desde este enfoque el reproche casacional tampoco puede ser estimado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Al folio 2097 de las actuaciones y en el acta levantada con motivo de la declaración sumarial del Sr. Manuel , en la que hizo uso de su derecho a no declarar, se hicieron constar los hechos objeto de investigación, describiendo en lo sustancial el sistema ilegal de contratación que se había producido y del que se consideraba en ese momento inicial que el compareciente había intervenido en concierto con los demás investigados.

En el fundamento jurídico séptimo hemos hecho una extensa alusión a la doctrina jurisprudencial del derecho de información que asiste a todo investigado, señalando que en esos momentos iniciales la noticia de los hechos no necesariamente debe ser exhaustiva ni con el máximo detalle, precisamente porque no se conoce lo sucedido en su completa dimensión y circunstancias y por esa razón se inicia y hace necesaria la investigación. En el estado originario de la investigación es normal que la información de que se disponga sea escasa, por lo que se cumple con el derecho constitucional informando a quien comparece a declarar del contenido básico o esencial de la imputación, ya que a partir de ese contenido se puede articular una estrategia de defensa.

En este caso se cumplieron con tales exigencias. Se informó de los hechos de forma genérica, atribuyendo al compareciente su participación en los mismos y no se pudo profundizar en las circunstancias concretas de su intervención porque se negó a declarar, pero lo que no ofrece duda es que conoció los hechos objeto de investigación y que ésta no se realizó a sus espaldas.

En lo que atañe a la denunciada falta de correlación entre la acusación y la sentencia también en el fundamento jurídico séptimo nos hemos referido a esta cuestión. En lo que ahora interesa, el escrito de acusación del Ministerio Fiscal se refirió al recurrente en el siguiente párrafo: *"Ambos (refiriéndose a Nicolas y a Manuel) conocedores de la irregularidad de la forma de contratación consintieron y siguieron contratando a estas personas con el fin de obtener un ilícito beneficio patrimonial"*. Y en los hechos probados de la sentencia se declara que, una vez que los trabajadores fueron despedidos de UMAX, tanto Manuel como Adelina , *"intermediaron en la contratación de la mayor parte de dichos trabajadores por FAFFE, consiguiendo que se mantuvieran en el mismo destino que anteriormente tenían en la Dirección General de Trabajo, no obstante saber la ilegalidad de tal forma de contratación"*.

La participación que le atribuye la sentencia en los hechos es básicamente la misma que la descrita por el Fiscal si bien con una mayor precisión, lo que se explica porque la sentencia se elaboró a partir del resultado probatorio del juicio y es lógico que en su relato pueda incorporar datos periféricos o episódicos no recogidos en la calificación acusatoria con la finalidad de ser más respetuosos y precisos con la verdad material. Hemos reiterado que el límite de esa divergencia se sitúa en que la sentencia respete en lo sustancial el hecho objeto de acusación y que no se refiera a hechos diferentes

Es cierto que el relato de la acusación adoleció de riqueza descriptiva, pero también lo es que contenía los elementos esenciales para efectuar la calificación, por lo que no apreciamos el vicio a que alude el motivo. Cuestión distinta es que los hechos, tal y como se han relatado en la sentencia, puedan ser calificados como delito de prevaricación o que la sentencia incorpore una valoración probatoria suficiente, aspectos que serán analizados más adelante.

En consecuencia, el motivo se desestima.

24. Insuficiencia, falta de claridad y uso de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo

En el segundo motivo del recurso, después de insistir en que los hechos ocurridos a partir de mayo de 2010 no fueron objeto de acusación y de referir la ausencia de prueba sobre la supuesta irregularidad de hacer uso de la fundación FAFFE, como medio propio de la Junta de Andalucía, para cubrir determinados puestos de trabajo por la existencia de una causa urgente, temporal y excepcional, se alega que los hechos probados se refieren a esta cuestión con manifiesta falta de claridad y se afirma la existencia de contradicción.

La argumentación que se desarrolla en este motivo casacional tampoco tiene nada que ver con el contenido necesario que se deriva de la interpretación que esta Sala viene haciendo del artículo 851.1 de la LECrim. No se alude a deficiencias sintácticas del juicio histórico que impidan conocer los hechos objeto de acusación y no se suscitan cuestiones de predeterminación, entendida como la utilización indebida de términos jurídicos para la descripción de los hechos probados.

Lo que en realidad se censura es que el *factum* se refiera a las contrataciones realizadas por FAFFE cuando tal cuestión no fue mencionada en el escrito de acusación. Sin embargo, entendemos que esta afirmación no se corresponde exactamente con la realidad. La investigación, con mayor o menor éxito ha pretendido la comprobación de todo el proceso de contratación de los trabajadores hasta su final integración parcial en la Agencia de Régimen Especial Servicio Andaluz de Empleo en año 2011 y el escrito de acusación, reiterando lo dicho en el fundamento jurídico anterior, se refirió al proceso de contratación en FAFEE. En dicho escrito, se refiere lo siguiente:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"asimismo desde la antiguo Consejería de Empleo a partir del año 2010 se iniciaron los procedimientos para integrar en la Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y Empleo (FAFFE) algunas de las persona contratadas por la entidad UMAX, una vez que fueron despedidos de la misma. Y una vez extinguida la FAFFE sus trabajadores pasaron a prestar servicios a favor del Servicio Andaluz de Empleo, SAE, algunos de los cuales continúan prestando todavía sus servicios en dicha sede".

Tanto las conclusiones del Fiscal como la sentencia deben ser contempladas en su integridad, relacionando sus distintos apartados de lo que se infiere que la contratación por FAFFE también estuvo incluida en las conclusiones acusatorias y se vinculó implícitamente con el recurrente dado que su participación en los hechos fue en 2010 a partir de su nombramiento y precisamente en esas fechas se produjo la integración de los trabajadores despedidos de UMAX en la FAFFE.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

25.Juicio de tipicidad

En el recurso se dedican dos motivos a cuestionar el juicio de tipicidad de la sentencia de instancia al amparo del artículo 849.1 de la LECrim.

25.1 En el motivo tercero se alega que falta el elemento subjetivo del tipo de prevaricación, consistente en el apartamiento consciente de la legalidad para imponer la voluntad personal. Se argumenta que la sentencia le condena por haber intermediado, junto a doña Adelina , en la contratación de la mayor parte de los trabajadores de UMAX por FAFFE, consiguiendo que se mantuvieran en el mismo destino, no obstante saber la ilegalidad de tal forma de contratación. Frente a tal aserto se señala que la actuación que llevaron a cabo no era siquiera irregular, respetó los principios de la normativa aplicable, se produjo ante una situación excepcional, como pusieron de manifiesto distintos testigos, seleccionándose a las personas más idóneas, por lo que la selección y contratación fue plenamente legal, de forma que el recurrente no pude tener conciencia y conocimiento alguno del proceder ilegal que se le atribuye. Se señala que hay una absoluta falta de prueba que avale la ilegalidad de la contratación y que la contratación llevada a cabo por FAFFE respetó todos los principios y requisitos normativamente exigibles y así lo manifestaron en el juicio distintos testigos como el Viceconsejero de Empleo y la Sra. **Matilde** , de lo que se infiere que el recurrente no pudo tener conciencia ni conocimiento alguno dela ilegalidad de su proceder. Entiende la defensa que el relato de hechos probados no permite sostener que lo actuado por el Sr. Manuel fuese algo más que interesar la excepcional y urgente cobertura eventual y temporal de unos puestos de trabajo vaciados, siendo la FAFFE quien realizó la selección y contratación de ese personal. El Sr. Manuel , se dice, no dictó ninguna resolución, ni cometió ilegalidad alguna y muchos menos las contrataciones no puedan ser explicadas con una mínima argumentación técnico-jurídica razonable.

En esa misma dirección en el motivo quinto se sostiene que los hechos no son típicos porque las contrataciones realizadas no fueron contrarias al ordenamiento jurídico. Según el recurso, las contrataciones estaban amparadas por los artículos 16, 33 y concordantes de la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía. Se señala que el citado artículo 16 y el 33 autorizan a celebrar contratos laborales de carácter temporal para la realización de trabajos imprevistos, urgentes y no permanentes, tal y como aconteció en este caso.

Daremos respuesta conjunta a ambos motivos.

25.2 En el apartado segundo del relato fáctico de la sentencia impugnada se declara probado que Manuel , que fue nombrado Director General de Empleo el 13/04/2013, una vez conocida la situación irregular de los trabajadores contratados por UMAX en una visita que le realizó Samuel , lo comunicó al Viceconsejero de Empleo y éste le requirió para que arreglara la situación junto con la Secretaria General Técnica, Adelina . En este contexto la sentencia declara probado que una vez que los trabajadores fueron despedidos de UMAX, tanto Manuel como Adelina ,

"intermediaron en la contratación de la mayor parte de dichos trabajadores por FAFFE, consiguiendo que se mantuvieran en el mismo destino que anteriormente tenían en la Dirección General de Trabajo, no obstante saber la ilegalidad de tal forma de contratación, ahora bajo la dependencia de la citada Fundación, situación en la que han seguido trabajando tras la resolución de 20 de abril de 2011 de la Secretaría General para la Administración Pública, que aprobó el protocolo de integración del personal del Servicio Andaluz de Empleo, en cuya regla tercera se establece la incorporación de personal de FAFFE a la Agencia de Régimen Especial Servicio Andaluz de Empleo de 3 de mayo de 2011".

En el fundamento jurídico décimo quinto de la resolución recurrida se considera que los hechos son constitutivos de un delito de prevaricación administrativa por el que únicamente ha sido condenado el Sr. Manuel y se justifica la condena en los siguientes términos:

"...el acusado temiendo la reacción de dichos empleados, acordó con la Sra. Adelina , tras ponerse en contacto con el Director Gerente de FAFFE, que fueran contratados por esta Fundación y que siguieran ejerciendo su labor en el mismo destino y funciones que antes en la Consejería de Empleo, fuera de los cauces legales propios de la relación de puestos de trabajo de la función pública como antes hemos indicado, y manteniendo una situación de cesión ilegal de personal de carácter continuado que podría dar lugar a una consolidación en el puesto de trabajo en perjuicio de la Administración y un agravio comparativo con el funcionariado, al haber accedido sin necesidad de haber realizado oposición o concurso, y además, no se vieron afectados por la disminución de haberes de los funcionarios públicos establecida en 2010, lo que motivo que éstos mostraran públicamente su desacuerdo con la situación de desigualdad creada.

....Es pues, este mantenimiento del personal de UMAX en el mismo destino público al que habían accedido de forma ilegal, sin haber cumplido las exigencias legales, aunque ahora fuera por medio de un ente público como era la FAFFE, y el perjuicio que para la función pública ello conlleva, lo que nos hace apreciar el citado delito en Manuel , no así la malversación de caudales y falsedad pues con su intervención se cortó con el despilfarro que suponía la utilización de UMAX, reduciéndose el coste empresarial y de los trabajadores, así como se suprimía la formula falsaria para obtener el cobro de la contraprestación inicialmente pactada. Contratación con FAFFE que, como señala la testigo Matilde , sólo se realizó con los empleados de UMAX y no con los de otras empresas que tenían trabajadores en la Consejería (ALTRAN, A.R.S.I.), con lo que se mantuvo el favoritismo existente con dichos trabajadores".

Se argumenta también que esta cesión fue ilegal por contravenir el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores que sólo permite que la cesión temporal de trabajadores de una empresa a otra sólo podrá efectuarse por empresas de trabajo temporal.

25.3 Destaca el Ministerio Fiscal, con toda razón, que el respeto al hecho probado es una exigencia básica de este motivo de impugnación. Así lo expresan las SSTS121/2008, de 26 de febrero y 694/2017, de 24 de octubre, entre otras, en la que se declara que "cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim el recurso de casación se ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, al no constituir una apelación ni una revisión de la prueba, se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador.

Pues bien, aplicando ese criterio al presente caso debemos analizar la subsunción normativa realizada en la sentencia de instancia a partir del juicio histórico y lo que la sentencia declara probado es que el Sr. Manuel "intermedió" para que FAFFE contratara a parte de los trabajadores que habían sido despedidos de UMAX. Nada más.

Ese es el hecho sobre el que debemos pronunciarnos y determinar si es o no constitutivo de prevaricación. La sentencia justifica su criterio en el fundamento jurídico décimo quinto, que destaca por su parquedad y falta de fundamentación, en lo jurídico y en lo fáctico.

La sentencia no precisa quien procedió a la contratación de esos trabajadores, ni qué instrumento jurídico se utilizó para llevarla a cabo. Tampoco se precisa en qué consistió la intermediación que se predica del recurrente, ni las circunstancias de la misma. La sentencia parece atribuir al Sr. Manuel una autoría por inducción, sin concretar la resolución o resoluciones dictadas para incorporar el personal de UMAX a FAFFE y sin precisar la normativa administrativa flagrantemente incumplida.

Dejando al margen la ausencia de mención alguna a las pruebas que sirven de soporte a los hechos que se atribuyen al Sr. Manuel (cuestión que también se censura en el recurso en su motivo sexto), esta Sala no puede determinar ni qué resolución dictó el recurrente, ni qué normativa administrativa fue incumplida y, por lo mismo, no podemos entrar en el análisis de lo que la sentencia ni explica ni justifica, el régimen jurídico de las contrataciones realizadas. La sentencia tampoco precisa en qué consistió la concreta intervención del Sr. Manuel , dado que lo único que se dice es que intermedió en una contratación, desconociéndose cualquier detalle de la misma.

En esas circunstancias los hechos declarados probados no pueden ser incardinados en el delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del Código Penal. El delito en cuestión requiere el dictado de una resolución injusta en asunto administrativo, lo que obliga a identificar la resolución y a precisar la normativa que se afirma vulnerada, cuestiones ambas sobre las que la sentencia guarda silencio. La referencia a la cesión ilegal de trabajadores es notoriamente insuficiente a tal fin porque no hay mención alguna a la forma en que se llevaron a cabo las contrataciones y a su régimen jurídico.

En consecuencia, los dos motivos deben ser estimados y procede la libre absolución interesada por la defensa, sin que sea necesario dar respuesta a los restantes motivos del recurso.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

RECURSO DE DON Maximo

26. Derecho a conocer la acusación

26.1 En el primer motivo de este recurso, formulado por la vía casacional del artículo 852 de la LECrim, se denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión del art. 24.1 CE, en su vertiente del derecho a conocer la acusación. Se alega que los acusados se han visto privados del derecho a saber los hechos objeto de acusación, con infracción de los arts. 6.3 a) del CEPDHLF y 14.3 a) PIDCP.

En la articulación del motivo se expone que esta deficiencia ya fue advertida con motivo del auto de conclusión de la instrucción de 25/02/2016, que fue recurrido en reforma y apelación, siendo desestimados ambos recursos. La deficiencia se reiteró en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, única parte que formuló acusación en su contra, lo que se denunció durante el juicio, en el trámite de cuestiones previas y no fue subsanado en el trámite de conclusiones definitivas.

Entienden las defensas que en las conclusiones del Fiscal no se precisa cuáles eran las resoluciones administrativas en las que habían participado estos dos acusados, el periodo de tiempo a que se contraía su responsabilidad penal, qué documentos habían falsificado o cuáles eran las razones para fijar la responsabilidad civil en 2.556.036 euros.

Se alega que la falta de individualización de las conductas que se les imputaban y la falta de diligencia de la acusación durante el plenario propició que el Presidente del Tribunal formulara un extraordinario número de preguntas, erigiéndose en parte acusadora, con pérdida de su imparcialidad, con el resultado de una condena por hechos de los que los dos recurrentes no han podido defenderse.

26.2 La Junta de Andalucía no formuló acusación contra el Sr. Maximo ni contra la Sra. Adelina . El Ministerio Fiscal, por su parte, en su escrito de acusación de 07/06/2017, una vez descritos los hechos, la formuló en los siguientes términos:

"Los Secretarios Generales Técnicos, encargados de la gestión del personal, organización y racionalización de las unidades y servicios de la Consejería, fueron los otros acusados Maximo , que desempeñó su cargo desde el 26 de abril de 2004 hasta el 29 de abril de 2008 y Adelina que lo hizo hasta el 15 de mayo de 2012.

Todos los acusados se pusieron de acuerdo con el fin de facilitar la contratación a la entidad UMAX, a sabiendas de que dicha entidad no cumplía con los requisitos que la legislación administrativa requería para la realización de dicha contratación, creando a partir de 2003 una estructura administrativa de personal al margen de las previsiones contenidas en la relación de puestos de trabajo vigente en la Dirección General de Trabajo y en las Delegaciones Provinciales mediante la contratación de personas que no cumplían los requisitos para ello. Los pagos derivados de este tipo de contratación se realizaron bien acudiendo a procedimientos negociados con publicidad bien en expedientes de contratación menor en la que se giraban una serie de facturas por parte de la entidad UMAX que correspondían a servicios inexistentes, facilitando el pago inmediato de la retribución convenida entre todos los acusados".

En correlación con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal, en el relato de hechos probados de la sentencia se concretó el hecho fundamental objeto de acusación: El acuerdo verbal para la contratación por UMAX de personas que habrían de prestar servicio en la Dirección General de Empleo de la Junta de Andalucía o en sus Delegaciones, fijándose además de una retribución a los trabajadores por parte de Samuel , el pago de IVA y un 20% adicional en concepto de beneficio empresarial, documentándose el gasto mediante contratos simulados y documentándose el pago mediante la emisión de facturas simuladas. En el juicio histórico también se concretó la participación del Sr. Maximo y de la Sra. Adelina en los siguientes párrafos:

....habiendo correspondido el conocimiento, tramitación y adjudicación de la mayoría de estos contratos al también acusado Maximo , mayor de edad, sin antecedentes penales, durante el tiempo que ejerció como Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo (26 de abril de 2004 a 29 de abril de 2008), quien al mismo tiempo ostentaba el cargo de Tesorero de la Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y Empleo (FAFFE) y del Servicio Andaluz de Empleo (SAE) y sabía la indebida contratación de los trabajadores de UMAX y aceptó la simulación que se realizaba con los contratos en los que intervenía, además de ser el encargado de comprobar, proponer y autorizar el pago de los contratos menores inexistentes antes citados e invitar a las sociedades para que ofertasen en los procedimientos negociados sin publicidad, siendo él quien adjudicaba los contratos iniciados desde los servicios centrales de la Consejería.

En el año 2007 se abandonó el sistema de abono a UMAX y otras empresas vinculadas a través de los contratos menores y procedimientos negociados sin publicidad antes indicados a cargo de la Dirección General de Empleo, Secretaría General Técnica u otros órganos directivos de la Consejería de Empleo y el Servicio Andaluz de Empleo, para ser sufragadas las nuevas facturas que se iban generando, igualmente mediante conceptos falsos, por

la Fundación Andaluza de Fondos para la Formación y Empleo (FAFFE), dada la mayor facilidad que tenía en la contratación y pago, proviniendo los fondos destinados a dichos abonos de subvenciones otorgadas por distintos organismos de la Consejería de Empleo, entre ellos, la propia Dirección General de Empleo, el Consejería de Empleo y la Secretaría General Técnica en la época en la que ostentaba la Jefatura de este último organismo la acusada Adelina , quien fue nombrada para dicho cargo el 29 de abril de 2008 y lo ejerció hasta el 15 de mayo de 2010, e igualmente, era consciente de la realidad de la contratación ilegal del personal de UMAX y sus sociedades vinculadas y de la forma de pago de las facturas emitidas por dicha entidad.

Dichas subvenciones a FAFFE se otorgaron, ficticiamente, con una finalidad distinta a la del pago de nóminas a los empleados de UMAX, cuando en realidad se concedieron para éste pago indebido.

Maximo , desde el 20 de abril de 2005 hasta el 5 de mayo de 2009 asumió, igualmente, el cargo de Tesorero de FAFFE y del SAE durante su destino en la secretaría General Técnica. Además, Adelina ejerció como Secretaria de dicha Fundación desde el 22 de mayo de 2003 hasta el 5 de mayo de 2009 en que fue nombrada Tesorera de dicha Fundación.

Los Sres. Maximo y Adelina intervinieron en distintos contratos con UMAX, siendo la Secretaría General Técnica la que actuó como contratante del último concierto abonado a UMAX, de fecha 17 de noviembre de 2010, por importe de 20.945 euros, cuya propuesta de pago fue firmada por la Sra. Adelina sin contar con memoria justificativa del supuesto contrato.

Igualmente, el SAE concedió a UMAX varias subvenciones, siendo la persona ordenante del pago en tres de ellas, Maximo y en otra, el 25 de noviembre de 2009, Adelina , concediéndosele otra el 14 de octubre de 2010, siendo Tesorera de dicha entidad la acusada. Igualmente, consta otra subvención de la Secretaría General Técnica a FAFFE en 2009, que fue destinada a pagos de facturas de UMAX. Del mismo modo, las órdenes de pago de los contratos supuestamente suscritos por el SAE con dicha sociedad, eran firmados por el Sr. Maximo .

26.3 A la vista del contenido tanto del escrito de acusación como del relato fáctico de la sentencia y teniendo en cuenta la complejidad de los hechos, que vienen conformados por la existencia de unas contrataciones laborales que tienen su origen en un acuerdo verbal entre el Sr. Roman y el Sr. Samuel y que dieron lugar a un elevado número de contratos laborales, y a un gran número de facturas simuladas y de contratos menores o negociados (para justificar la prestación de servicios y los pagos) es comprensible que en el relato de hechos probados no se haga una relación nominativa y completa de todos y cada uno de esos documentos de ahí que no apreciamos lesión alguna del principio acusatorio por el hecho de que en las conclusiones acusatorias se haga una relación global y general de la operativa seguida en cuanto esa relación ha permitido a las defensas conocer con la suficiente precisión los hechos objeto de acusación y articular con suficiencia la defensa frente a esas imputaciones.

A este respecto y según hemos señalado en el fundamento jurídico séptimo, las conclusiones acusatorias para ser respetuosas con el derecho a ser informado de la acusación y con el derecho de defensa deben ser completas, incluyendo todos los elementos fácticos que integren el tipo delictivo y las circunstancias que influyan sobre la responsabilidad del acusado, y deben ser específicas, de forma que permitan conocer cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas. Sin embargo no se precisa que sean exhaustivas. El principio acusatorio no exige en las conclusiones definitivas un relato minucioso y detallado, ni tampoco que incorpore de forma ineludible todos los elementos fácticos que obren en las diligencias sumariales. Por otro lado, el principio acusatorio no obliga tampoco a que exista una identidad entre el relato de la acusación y el de la sentencia, de forma que ésta puede introducir elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, con objeto de ser más respetuoso con la descripción de la verdad material de lo acontecido.

Cuestión distinta es la prueba de los hechos. Aun cuando éstos pueden ser delimitados en términos algo genéricos, dada la complejidad de los mismos, su prueba debe ser precisa y concreta, sin que sea suficiente un soporte probatorio basado en generalizaciones, cuestión que será objeto de análisis más adelante.

El motivo se desestima.

27. Condena por hechos diferentes a los que fueron objeto de acusación

27.1 En el segundo motivo del recurso, con cita del artículo 852 de la LECrim, se censura que la sentencia haya condenado por hechos diferentes a los incluidos por el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación lo que ha supuesto una vulneración de los derechos de la defensa.

La sentencia, se dice, ha tomado en consideración el relato de hechos de la acusación particular pese a que quien formuló acusación contra estos dos recurrentes fue el Ministerio Fiscal.

La queja se desglosa en distintos apartados. (i) Se destaca que todos los hechos referidos a la fundación FAFFE no fueron objeto de investigación durante la instrucción y no se hizo referencia alguna a ellos ni en el

auto de conclusión de la fase de instrucción ni en el escrito de conclusiones provisionales de la acusación pública de ahí que las defensas de los dos recurrentes no supusieron que estos hechos formarían parte del relato de hechos probados, lo que motivó que no se propusiera prueba alguna sobre ellos; (ii) La subvención de 1.500.000 euros concedida por FAFFE quedó fuera del enjuiciamiento y, sin embargo, ha servido de fundamento a la condena; (iii) En el fundamento jurídico décimo se afirma fue la acusación particular la que en su escrito sostuvo, a diferencia de la acusación pública, que la contraprestación pactada con el Sr. Samuel fue cumplida por la Consejería de Empleo a través de FAFFE y el Servicio Andaluz de Empleo y estos hechos nada se mencionó en las conclusiones provisionales y definitivas del Ministerio Fiscal; (iv) Se condena por falsedad en los contratos, que es un hecho no incluido en la acusación pública y (v) Se destaca la falta de precisión del escrito del Ministerio Fiscal en relación con la responsabilidad civil al incluir periodos en los que los recurrentes no ejercían sus cargos, considerando, además, ininteligible el criterio de determinación de esas responsabilidades establecido en la sentencia impugnada.

27.2 En relación con las distintas quejas a las que hace alusión el motivo deben hacerse las siguientes consideraciones:

De un lado, en los hechos probados no se hace mención alguna a la subvención de 1.500.000 euros, hecho que se introduce en el fundamento jurídico 10º de la sentencia para justificar y argumentar el juicio probatorio, debiéndose recordar que en la calificación de la acusación deben incluirse necesariamente los elementos que integran el tipo delictivo objeto de acusación, así como las circunstancias que puedan influir sobre la responsabilidad del acusado, lo que no impide que en la sentencia pueden introducirse elementos episódicos, periféricos o de mero detalle, que no supongan una mutación esencial de los hechos objeto de acusación y que hayan sido objeto de discusión y prueba durante el juicio (STS 523/2010, de 1 de junio). En esa situación se encuentra las referencias que la sentencia realiza en relación con la citada subvención, por lo que no apreciamos que su mención y toma en consideración lesione el principio acusatorio.

De otro lado, no es cierto que en los escritos de acusación no se hiciera referencia alguna a hechos relacionados con FAFFE. En el escrito de acusación del Ministerio Fiscal se afirma que *"desde la antigua Consejería de Empleo a partir del año 2010 se iniciaron procedimientos para integrar en la FAFFE a algunas de las personas contratadas por la entidad UMAX y que fueron despedidos de la misma"* y también que *"una vez extinguida la FAFFE sus trabajadores pasaron a prestar servicios en el SAE"*. De otro lado, en el escrito de la acusación particular se afirma que *"los pagos efectuados a las sociedades vinculadas al Sr. Samuel provenían, en virtud de las relatadas fórmulas de contratación ficticia, tanto de la Dirección General de Trabajo, como por instrucciones de ésta, de las delegaciones provinciales de la Consejería de Empleo, del SAE y de la FAFFE* ". Por lo tanto, no compartimos la afirmación de que no se hiciera mención de la intervención en los hechos de FAFFE, singularmente en relación con la participación de ésta en los pagos.

Tampoco es cierto que el Ministerio Fiscal no formulara acusación por delito de falsedad en documento. Pretendió condena por el delito de falsedad en documento mercantil, conforme a lo previsto en el artículo 390.1 CP, a diferencia de la acusación particular que consideró que los documentos falsificados eran oficiales. La condena por delito de falsedad en documento oficial realizada en la sentencia, apartándose de la pretensión del Ministerio Fiscal en cuanto a la naturaleza de los documentos, no lesiona tampoco el principio acusatorio en la medida en que el precepto por el que se formuló acusación (artículo 390.1 CP) se aplica a cualesquiera tipo de documentos sin distinción, por lo que la determinación de la clase o naturaleza de éstos ni supone una mutación del delito ni de la pena aplicable y simplemente constituye una precisión de naturaleza estrictamente jurídica que no altera en los sustancial la pretensión acusatoria.

Tampoco es cierto que en los escritos de calificación no se hiciera mención concreta a la cuantía de la responsabilidad civil reclamada. El Ministerio Fiscal la cifró en 2.556.036, 2 euros y la acusación particular también precisó de forma diferenciada las cantidades que habían de ser objeto de condena para los Sres. Roman , Nicolas y Samuel , no solicitando cantidad alguna para los restantes acusados porque no formuló frente a ellos acusación penal.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

28. Vulneración del principio acusatorio

Por la misma vía casacional que la utilizada en los dos motivos anteriores, en el motivo tercero del recurso se censura la sentencia porque las subvenciones concedidas quedaron excluidas del objeto de enjuiciamiento en el trámite de cuestiones previas y, sin embargo, la existencia misma de esas subvenciones fue tomada en consideración para el fallo condenatorio en diferentes apartados de la sentencia (folios 9, 10, 12, 26, 58, 59, 76 y 86), a pesar de que ni en el auto de transformación a procedimiento abreviado, ni en el escrito de calificación provisional, elevado a definitivo, se hizo alusión a este hecho.

Las subvenciones concedidas a UMAX se incluyeron en el relato fáctico del escrito de calificación de la acusación particular, que no formuló acusación contra el Sr. Maximo , no así en la calificación del Ministerio Fiscal. Es cierto que la sentencia hace referencia a esta cuestión pero como dato fáctico complementario para justificar la ilegalidad del proceso de contratación seguido. Sin embargo, en el caso del recurrente tales subvenciones no fueron tomadas en consideración como un hecho típicamente relevante para ninguno de los delitos objeto de condena por lo que no apreciamos la lesión del principio acusatorio a que alude el motivo.

El motivo se desestima.

29. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a ser informado de la acusación y del derecho de defensa al formularse acusación sorpresiva por delito de falsedad documental

29.1 El cuarto motivo se formula por infracción de precepto constitucional de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a ser informado de la acusación del art. 24 CE, al haberse admitido la acusación sorpresiva por el delito de falsedad en documento mercantil. Esta objeción se planteó como cuestión previa al inicio del juicio y, frente a su desestimación, se formuló la oportuna protesta.

Se alega que estos hechos se introdujeron en la calificación provisional del Ministerio Público a pesar de que no habían sido objeto de información a los acusados durante sus declaraciones y pese a que tampoco se hizo mención alguna de los mismos en el auto de conclusión de la fase de instrucción de 25/02/2016 (folios 3007). En el auto que desestimó los recursos de reforma interpuesto contra el anterior auto por las defensas de don Nicolas y don Samuel se amplió la imputación a estos hechos pero se alega que esa justificación no es conforme a derecho porque el auto se limita a realizar argumentos para dar respuesta a las alegaciones planteadas en el recurso. El auto resolutorio de los recursos no tiene otra finalidad que confirmar o anular la resolución impugnada y no puede introducir nuevas conclusiones fácticas. Lo contrario supondría una *reformatio in peius*, por constituir una variación de oficio en cuestiones no planteadas por los recurrentes y frente a las que ningún recurso podía formularse. Por otro lado, la ampliación pretendida no podría afectar en ningún caso a quienes no recurrieron y, por último, en ningún caso esos hechos fueron atribuidos a los recurrentes.

El motivo no puede tener favorable acogida. Los hechos objeto de investigación y acusación son de una relevante complejidad de ahí que tenga singular aplicación una máxima que venimos reiterando en numerosas resoluciones: el objeto del proceso es de cristalización progresiva y no puede exigirse en todos los casos su completa determinación desde el primer momento de la investigación, especialmente cuando los hechos exijan una dilatada y compleja investigación.

En este caso la posible falsedad documental, que fue objeto de acusación por las dos acusaciones, fue objeto de interrogatorio en las declaraciones de estos dos acusados (folios 1920 a 1922 y 2999 a 3002), si bien con las limitaciones derivadas de la falta de conocimiento de muchos datos fácticos de los hechos objeto de investigación. A la Sra. Adelina se le preguntó por su intervención en las contrataciones, declarando que ella intervenía en la mesa técnica de los contratos con procedimiento abierto y en la redacción de la Memoria de los contratos menores; también manifestó que " Samuel decía que tenía un contrato y facturas, requiriéndole la declarante para que aportara el contrato" y se le preguntó le preguntó por sus funciones y competencias en el proceso de contratación, por lo que conocía que era objeto de investigación todo el proceso de contratación y los documentos contractuales y de pago justificativos de la contratación realizada con UMAX. En cuanto al Sr. Maximo también fue objeto de interrogatorio en aspectos documentales vinculados con el proceso de contratación y así se le preguntó que funciones tenía la Secretaría General Técnica en relación con el control presupuestario de las contrataciones de personal externo, manifestando que a la SGT le comunicaban únicamente la Memoria y la factura acreditativa del compromiso de pago y que únicamente podían denegar éste si no había cobertura presupuestaria. También manifestó que elaboraban una propuesta contable que se remitía a la Intervención Delegada. Por lo tanto y al igual que en el caso anterior, los aspectos documentales del proceso de contratación fueron objeto de investigación y de información a estos investigados.

29.2 Es cierto que en el auto de transformación de 25/02/2016 no se hizo una referencia específica a posibles falsedades documentales, ya que se describieron los hechos de forma global y genérica, describiendo en lo sustancial el proceso de contratación ilegal, pero esa resolución fue objeto de complemento en el posterior auto resolutorio del recurso de reforma de 06/06/2016 en el que se hizo referencia expresa a la posible existencia de falsedades documentales como "el pago de facturas por servicios inexistentes, la ordenación de pagos por servicios no prestados y el incremento de importes para dar cobertura al contrato simulado". A partir de dicho y merced a las diligencias complementarias instadas por el Ministerio Fiscal se realizaron una conjunto de actuaciones dirigidas a concretar, en otros aspectos, posibles irregularidades o falsedades documentales, aportándose a autos las facturas giradas por los servicios prestados por UMAX, facturas que no se correspondían con servicios efectivamente prestados sino que retribuían la contratación laboral realizada

por UMAX de personal que prestaba sus servicios en la Dirección General de Trabajo o en las Delegaciones de la Consejería de Empleo.

En ese contexto el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular presentaron sendos escritos de calificación atribuyendo el primero a todos los acusados la comisión de las falsedades documentales a través de las que se instrumentó la contratación litigiosa y su pago.

A partir de estos datos entendemos que no se ha vulnerado el principio acusatorio de los dos recurrentes. El tribunal de enjuiciamiento desestimó esta misma alegación en auto resolutorio de cuestiones previas, obrante a los folios 310 al 317 del rollo formado ante dicho tribunal (tomo II), cuyos razonamientos hacemos nuestros.

De un lado y según hemos dicho en anteriores apartados de esta misma sentencia, la información inicial que debe darse al investigado no debe ser necesariamente exhaustiva y con el máximo detalle por cuanto al inicio del proceso es posible que se desconozcan muchas circunstancias y datos, y precisamente por esa razón se abre la investigación. En ese primer momento la información debe ser sumaria y suficiente para conocer el contenido de la imputación y decidir la estrategia de defensa que se quiere seguir, máxime teniendo en cuenta que esa información no es la única garantía del derecho de defensa. El investigado, en cuanto parte personada, queda facultado desde ese momento para "tomar conocimiento de lo actuado" y "formular las alegaciones que estime oportunas para su defensa", así como para "pedir cuantas diligencias estime pertinentes, sin perjuicio, como es obvio, de la facultad del Juez para decidir sobre la utilidad de lo alegado e interesado (STC 186/1990, FJ 7). De esta forma se garantiza el derecho de defensa y se evita que se puedan producir en la fase de instrucción situaciones de indefensión. Las circunstancia concretas de cada proceso determinarán si se ha producido una lesión intolerable del derecho a ser informado de los hechos investigados y en este caso, en función del contenido de las declaraciones sumariales, hubo esa información y los recurrentes fueron interrogados por los hechos objeto de enjuiciamiento con los límites propios de la falta de información sobre detalles que en aquél momento existía.

En cuanto al auto de conclusión de la investigación, que debe concretar los hechos que pueden ser objeto de acusación, conforme al artículo 779.1.4ª LECrim, venimos reiterando que es precisa cierta congruencia entre aquel auto y los escritos de acusación pero no un mimetismo absoluto. No es exigible una vinculación fuerte o rígida que impida cualquier variación en los hechos. El relato del llamado auto de transformación no tiene por qué precisar todos los detalles. La función del citado auto es dar paso a la fase de enjuiciamiento de un material fáctico que en lo sustancial ha de ser respetado pero que puede ser objeto de precisiones, modulaciones y matizaciones, siempre que no conlleven una mutación esencial (STS 111/2022, de 10 de febrero) y en este caso el auto en cuestión, que fue objeto de posterior complemento, cumplió con las exigencias de determinación previstas en la ley, lo que permitió a las acusaciones precisar aún más los hechos y formular expresa acusación por delito de falsedad documental, señalando los hechos que justificaban esa imputación, debiéndose recordar, para situar contextualmente las exigencias de determinación del objeto de acusación, que quien, en definitiva, formaliza la pretensión punitiva y determina el objeto del proceso es la acusación, primero a través de las conclusiones provisionales y, finalmente, en las conclusiones definitivas.

Lo que proscribe el principio acusatorio es que se pueden sostener acusaciones sorpresivas, al margen de la intervención de la defensa, y en el supuesto examinado esa situación no se ha dado, ya que la forma en que se documentaron las contrataciones y su posible falsedad fueron objeto de imputación desde el primer momento si bien, dada la complejidad de los hechos y la falta de soportes documentales de la contratación realizada, ha dado lugar a que las eventuales falsedades documentales se hayan ido conociendo una vez avanzada la investigación, pero estos hechos han sido objeto de acusación formal y de alegación y prueba durante el juicio por lo que no cabe hablar de acusación sorpresiva ni de lesión del derecho a un proceso justo en su vertiente de respeto al principio acusatorio.

El motivo se desestima.

30. Vulneración del derecho a un juez imparcial

En el quinto motivo del recurso se denuncia la lesión del derecho a un juez imparcial por la forma en que el Presidente del tribunal se condujo en los interrogatorios realizados durante el plenario.

Sobre este motivo de impugnación ya nos hemos pronunciado en el fundamento jurídico décimo sexto de esta resolución que damos por reproducido.

El motivo se desestima.

31.Juicio de tipicidad en el delito de prevaricación administrativa: Legalidad de la actuación conforme a la normativa extrapenal aplicable

31.1 El recurso del Sr. Maximo dedica dos motivos a cuestionar el encaje de los hechos en el delito de prevaricación administrativa, con invocación del artículo 849.1 de la LECrim, motivos que van a ser objeto de una respuesta unitaria.

En el noveno motivo del recurso se denuncia la aplicación indebida de la Ley 6/1983, de 21 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art 42); de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (art. 77); de la Ley 9/1997, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico de Empleo Público, así como de los Decretos de Estructura Orgánica de la Consejería de Empleo 103/2004, 204/2004 y 118/2008.

Se argumenta que es reprochable que se atribuya al Sr. Maximo y a la Sra. Adelina competencia para intervenir en los hechos objeto de acusación a partir de las formulaciones genéricas establecidas en las leyes, sin tomar en consideración la prueba practicada durante el juicio, acreditativa del alcance, desarrollo y forma de ejecución de las competencias. Pero, además, esa atribución competencial deriva de una incorrecta interpretación de la normativa de aplicación, de la que pueden extraerse las siguientes consideraciones:

(i) La Secretaría General Técnica es un órgano horizontal de ejecución y puesta en marcha de las decisiones de los órganos superiores, y en el ámbito de la gestión presupuestaria se limita a la gestión financiera y contable del presupuesto. Su actividad es reglada, sin que le corresponda función alguna de fiscalización o de control o seguimiento de los contratos de asistencia técnica. Son las Direcciones Generales a quienes corresponde la correcta ejecución de las asistencias técnicas y la función de la SGT se limita a la "Relación de puestos de trabajo". La única función que tiene asignada en materia de contratación de personal es la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo y gastos de personal de los entes instrumentales adscritos en el proceso de elaboración del anteproyecto de presupuestos, careciendo de competencia alguna respecto del "personal externo".

(ii) En relación con las contrataciones se reconoce por estas defensas que está prohibida la contratación verbal pero se argumenta que el pago debe realizarse porque en este tipo de expedientes sólo debe constar la Memoria suscrita por la Dirección General correspondiente y la factura, tal y como se expone en la Consulta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal 12/2002, de 13 de junio y algo similar sucede con los contratos negociados.

(iii) En la sentencia se confunden las competencias de la SGT con las de la Intervención Delegada (FJ 14º) señalando que a la SGT le corresponde la autorización de las órdenes de pago previo control formal de los documentos que justifican el pago, mientras que a la Intervención le corresponde la fiscalización de los contratos, conforme al artículo 77 de la Ley 51/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de Andalucía, citándose en el motivo toda la normativa que establece las competencias de la SGT. En el motivo se hace un completo repaso de la normativa general; de las competencias en los procedimientos de contratación; de las competencias de intervención; de las competencias de los órganos gestores que impulsan la contratación; de las competencias dentro de la propia SGT y de las competencias en relación con el ejercicio del cargo de tesorero del SAE y FAFFE.

En el motivo undécimo, por su parte, se sostiene que los hechos atribuidos al recurrente no constituyen delito de prevaricación administrativa, tipificado en el artículo 404 CP.

Se alega que en el fundamento jurídico sexto de la sentencia (pág. 34) se afirma que "la resolución que se estima prevaricadora, es precisamente esta decisión de contratar a personal al servicio de la Administración, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", ya que se hizo de forma verbal, infringiendo determinadas normas jurídicas, y además la contratación del personal laboral a través de una empresa privada se realizó contraviniendo expresa y conscientemente los principios vigentes en el ámbito de la Administración Pública y, en particular, los de objetividad y sometimiento a la Ley, vulnerando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Para el abono del precio del contrato, continúa la Sentencia, se acudió a la contratación menor y a procedimientos negociados sin publicidad, simulando su objeto, ya que el contenido de las prestaciones recaídas en contratos, memoria y facturas no se correspondía con la realidad ya que se trataba de la contraprestación ofrecida a UMAX por la Dirección General.

Se alega que en el caso del Sr. Maximo la sentencia de instancia le condena por delito de prevaricación pero no se precisa, a pesar de las reiteradas quejas de la defensa, qué resoluciones había dictado de forma arbitraria, injusta y a sabiendas. La prevaricación vendría determinada por la contratación verbal realizada en 2003 pero en esa fecha el recurrente no era Secretario General Técnico, dado que accedió a ese cargo en mayo de 2004. En relación con los contratos menores y contratos por procedimiento negociado en la Secretaría General Técnica

no se iniciaron ningún procedimiento de contratación y la única intervención que tuvo fue la propuesta de documento contable, que supone el ejercicio de una competencia reglada, que no va acompañada de ninguna competencia de fiscalización o control. Se alega que "dichas contrataciones y procedimientos negociados cumplieron todos los trámites legalmente exigidos para su tramitación, no desprendiéndose de los mismos ningún atisbo de irregularidad reprochable a los Secretarios Generales Técnicos. Mi mandante, como titular de la Secretaría General Técnica, ni siquiera participó en la tramitación de dichos expedientes puesto que esta función está directamente encomendada a los Jefes de Servicio de la Dirección General".

En cuanto a los documentos de pago son actos de mero trámite, de ejecución de los compromisos adquiridos por una Dirección General, con apoyo en la doctrina de esta Sala (SSTS de 28 de abril de 2016, 411/2013, de 6 de mayo y 10 de junio de 2015), sujetos al control de legalidad de la Intervención, sin que la SGT tenga facultades de control. Se señala que "la contratación de las asistencias técnicas proviene de la decisión de la Dirección General de Trabajo, todos los procedimientos de contratos menores, negociados sin publicidad y subvenciones y conformidad de las facturas se ajustaron estrictamente a la legalidad, ya que fueron favorablemente informados por la Intervención-Delegada, garante de la legalidad de todos los actos en los que intervino mi mandante".

31.2 Como ya hemos dicho anteriormente, cuando se acciona a través del artículo 849.1 de la LECrim nuestro control se limita a determinar la corrección de la subsunción normativa de los hechos realizada en la sentencia impugnada, que debe ser respetuosa con los hechos probados. Pues bien, en los hechos probados se declara que el Sr. Maximo " *sabía la indebida contratación de los trabajadores de UMAX y aceptó la simulación que se realizaba con los contratos en los que intervenía",* le correspondió " *el conocimiento, tramitación y adjudicación de la mayoría de estos contratos",* refiriéndose a los contratos verbales y negociados sin publicidad a través de los cuales se justificó formalmente el gasto que había de satisfacerse por las contrataciones de trabajadores y era también el *"encargado de comprobar, proponer y autorizar el pago de los contratos menores inexistentes antes citados e invitar a las sociedades para que ofertasen en los procedimientos negociados sin publicidad, siendo él quien adjudicaba los contratos iniciados desde los servicios centrales de la Consejería".* Se declara también que *"el Sr. Maximo Intervino en distintos contratos con UMAX, actuando la Secretaría General Técnica como contratante" y que fue "el ordenante de los pagos de tres subvenciones a UMAX".*

31.3 Se atribuye al Sr. Maximo , por tanto, la tramitación y adjudicación de la mayor parte de los contratos negociados sin publicidad y la proposición y autorización de los pagos de los contratos menores. Se argumenta en la sentencia que estos contratos fueron el instrumento utilizado para justificar el gasto de las contrataciones ilegales y para proceder a su pago. Se trataba de contratos simulados porque no reflejaban servicios efectivamente prestados.

Partiendo de estos hechos, que son los que delimitan nuestro análisis, debemos determinar si estos hechos son resolución en asunto administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 404 CP.

Según declaramos en la STS 749/2022, de 13 de septiembre, la "resolución en asunto administrativo", en el contexto del delito de prevaricación del artículo 404 CP, es "todo acto decisorio adoptado sobre el fondo de un asunto administrativo, de carácter ejecutivo, adoptado por quien ostenta la cualidad de funcionario público o autoridad. El hecho de que tenga contenido decisorio no exige que ponga fin a la vía administrativa ni que concluya el procedimiento, por lo que ha de entenderse como resolución no sólo el acto que pone fin al procedimiento y resuelve definitivamente la cuestión que se ventile, sino también aquellos otros actos que a pesar de no ser conclusivos tengan un contenido material sustantivo de suerte que resuelvan sobre el fondo en algún aspecto fundamental para la resolución final del procedimiento".

En relación con los contratos esta Sala ha extendido el concepto de resolución a ciertos contratos otorgados en ejecución de una resolución administrativa. En la STS 277/2018, de 8 de junio, en relación con un contrato otorgado con posterioridad y en el que se alteraba lo establecido en la resolución administrativa previa, se estimó que existía un nexo indisoluble entre la resolución y el contrato de forma que el otorgamiento de éste constituía la consumación del delito de prevaricación. Se puede leer en la sentencia lo siguiente:

"...esta alteración es "vehicular" de la resolución de adjudicación y viene a formar parte de ella, por cuanto viene a constituir un nexo indisoluble de la resolución, de tal manera que la arbitrariedad se consuma con la redacción del contrato alterando el contenido del pliego de condiciones que era la base, también, de la resolución en cuanto a los requisitos a cumplir con la empresa adjudicataria, pero que luego se difuminan de forma notable y grosera al modificar de forma radical un elemento tan sustancial en el contrato, como lo es la fecha del inicio de la obligación de pago retrasada, nada menos, que al inicio de la explotación de la concesión".

Y otro supuesto similar se enjuició en la STS 149/2015 de 11 de marzo, en la que se consideró que el delito de prevaricación era producto de una acción compleja en la que la resolución administrativa constituía el soporte

previo de la acción y el contrato posterior otorgado en su ejecución constituía la materialización de lo dispuesto en la resolución. En la sentencia se afirma:

"como se ha señalado, la conducta arbitraria se integra por una actuación compleja consistente en contratar caprichosamente, en la que el Decreto de la Alcaldía constituye el soporte administrativo previo y la firma del contrato es la materialización o ejecución de lo acordado "... En la reciente STS 600/2014 del 3 de septiembre , se califica de prevaricación una contratación irregular realizada por una empresa municipal, cuyo capital estaba íntegramente desembolsado por el Ayuntamiento, razonando que "La existencia de resolución administrativa resulta patente con la existencia del acuerdo verbal que motivó el envío de la minuta en el primer caso, con la suscripción de los contratos de consultoría en el segundo caso y con el contrato laboral en el tercero"

La extensión de la categoría de resolución en asunto administrativo a los contratos dictados en ejecución de una resolución administrativa previa se reitera en la STS 359/2019, de 15 de julio y en la más reciente STS 520/2021, de 16 de junio.

En este caso los contratos cuya tramitación y otorgamiento se atribuye al Sr. Maximo son actos de ejecución del contrato verbal, imprescindibles para la ejecución del sistema de contratación implantado, por lo que son "resolución en asunto administrativo" en el sentido amplio a que nos acabamos de referir. Por otro lado, las alegaciones relativas a la legalidad del procedimiento de contratación utilizado no pueden tener favorable acogida, dado que se llevó a cabo en virtud de un contrato verbal, cuya ilegalidad ya ha sido destacada en fundamentos jurídicos anteriores, siendo también contrarios a la legalidad y sin posible cobertura normativa los contratos menores y negociados sin publicidad otorgados para dar cobertura formal a esa contratación.

El motivo se desestima.

32.Juicio de tipicidad del delito de malversación de caudales públicos

En el motivo décimo y décimo segundo, por infracción de ley y al amparo del artículo 849.1 de la LECrim se sostiene que los hechos atribuidos al recurrente no constituyen delito continuado de malversación de caudales públicos del artículo 432 CP por cuando conforme a la Resolución de delegación de competencias de 12/06/2003 y las Bases de Ejecución del Presupuesto de FAFFE, que se reproducían anualmente con idéntico contenido, se firmaban los documentos contables y órdenes de pago como actos ineludibles y reglados. Nada se dice en el juicio histórico respecto al conocimiento que el Sr. Maximo pudiera tener del beneficio empresarial de UMAX, adoleciendo la sentencia, en este particular, de una indudable falta de motivación.

En el desarrollo argumental de ambos motivos y con apoyo en el análisis legal de las competencias atribuidas por la Ley a la Secretaría General Técnica, realizado en motivos anteriores, se sostiene que los hechos declarados probados no reúnen los requisitos del delito de malversación, pues no recogen que el recurrente participara en el contrato verbal entre los Sres. Roman y Samuel , lo que es imposible, ya que accedió al cargo un año después; ni que conociera que UMAX percibía el 20 % del beneficio empresarial y el IVA; Su intervención en su condición de SGT se hacía conforme a procedimientos reglados y siempre con el mismo trámite; La Dirección General de Trabajo impulsaba los procedimientos de contratación, pero en ningún caso fue la SGT la que inició los expedientes administrativos; La sentencia sólo analiza los requisitos formales de los documentos, sin tener en cuenta que estaban fiscalizados de conformidad por la Intervención Delegada; la SGT tiene la gestión del personal incluido en la relación de puestos de trabajo, pero no del contratado para asistencias técnicas; tampoco detenta caudales públicos y no puede disponer de los mismos, siendo sus funciones gestionar el gasto y la contratación administrativa; y tampoco se da el elemento subjetivo del delito, pues no hay prueba alguna que acredite el conocimiento de los términos del mencionado acuerdo verbal ni del beneficio empresarial recibido por Samuel .

La respuesta a este motivo será similar al anterior. En su desarrollo argumental lo que se cuestiona no es tanto la subsunción de los hechos probados en el delito de malversación de caudales públicos, sino la prueba de los hechos. Se afirma que el recurrente no tuvo conocimiento de la ilegalidad del proceso de contratación porque no intervino en la contratación verbal que está en su génesis, porque, porque los contratos a los que alude la sentencia se realizaron de acuerdo a procedimientos reglados y porque los pagos autorizados habían sido previamente autorizados por la Intervención Delegada. Pues bien, la subsunción normativa, según hemos recordado, debe realizarse a partir de los hechos probados y éstos declaran que el recurrente era conocedor del proceso y participó en partes sustanciales del mismo, a sabiendas de su ilegalidad, permitiendo la disposición indebida de caudales públicos, razón por la que el motivo es improsperable.

33. Juicio de tipicidad del delito de falsedad documental

En el décimo tercer motivo del recurso, por error iuris y utilizado la misma vía casacional que en los tres motivos anteriores, se alega que los hechos probados no pueden subsumirse en el delito de falsedad documental porque el juicio de tipicidad se asienta en la afirmación de que el Sr. Maximo tuvo conocimiento y participación

en los contratos, procedimiento negociado y facturas abonadas a UMAX, tratándose en todos los casos de documentos simulados. Sin embargo, el recurrente no falseó documento alguno y entre sus funciones no estaba la de verificar la legalidad formal de los expedientes de contratación. Se alega que no falsificó documento alguno y que en su actuación no concurre el elemento subjetivo del tipo de falsedad documental, la conciencia o voluntad de alterar la verdad por medio de una acción a través de la que se ataca la fe pública y la confianza de la sociedad en el valor de los documentos.

Este motivo, al igual que los otros dos precedentes, cuestiona la valoración probatoria y no la subsunción típica de los hechos probados. En los hechos probados se declara que el Sr. Maximo *"sabía la indebida contratación de los trabajadores de UMAX y aceptó la simulación que se realizaba con los contratos en los que intervenía, además de ser el encargado de comprobar, proponer y autorizar el pago de los contratos menores inexistentes antes citados e invitar a las sociedades para que ofertasen en los procedimientos negociados sin publicidad, siendo él quien adjudicaba los contratos iniciados desde los servicios centrales de la Consejería". Y*

A partir de esta declaración fáctica no ofrece duda que esos hechos colman las exigencias típicas del delito de falsedad en documento oficial, conforme a lo establecido en el artículo 390.1 del Código Penal, lo que conduce a la desestimación del motivo, todo ello sin perjuicio de analizar más adelante el soporte probatorio de esta declaración.

34. Error en la valoración de la prueba (849.2)

34.1 En el décimo sexto motivo de este recurso se afirma la existencia de un error en el relato fáctico de la sentencia impugnada (páginas 8 y 9), por cuanto en el relato de hechos probados se afirma que el Sr. Maximo , Secretario Técnico de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía desde mayo de 2004 a mayo de 2008, ostentó al mismo tiempo el cargo de tesorero de FAFFE, y en tal condición y de común acuerdo con el resto de acusados sabía de la indebida contratación de los trabajadores de UMAX y aceptó la simulación de los contratos. Se reprocha a la sentencia que no se declare probado que existiera una delegación de competencias del tesorero en favor de la Directora Financiera de la Fundación, acreditada por diversos documentos aportados a autos y no impugnados de contrario como la Resolución de delegación de competencias de 12/06/2013, la copia de las bases de ejecución del presupuesto de FAFFE de 2003 (Base 14ª) y un fichero denominado "archivo de pagos no compulsados" , en el que se identifican las personas de FAFFE que firmaban las operaciones bancarias, la Directora Económico-Financiera y el Director General Técnico.

A la vista de los citados documentos se propone como texto alternativo el siguiente: " *Maximo , desde el 20 de abril de 2005 hasta el 8 de mayo, asumió igualmente el cargo de Tesorero de FAFFE, si bien en tal condición tenía delegadas sus competencias en la Directora Financiera de FAFFE, sin que interviniera en la formalización y adjudicación de contrato alguno con UMAX ni en la tramitación de documento contable de pago a favor de esta entidad".*

34.2 En páginas anteriores de esta misma resolución ya hemos hecho alusión a los requisitos que la doctrina de esta Sala viene exigiendo para la prosperabilidad de este motivo de casación.

Es necesario que se acredite la existencia de un error fáctico, que tanto puede producirse por la inclusión como la exclusión incorrecta de hechos; que el error se acredite de forma incuestionable por el contenido literosuficiente de una prueba genuinamente documental, incluyendo dentro de esta categoría con ciertos límites los informes periciales; que esa prueba documental no esté en contradicción con otros elementos de prueba y que el error advertido sea importante, en el sentido de que tenga potencialidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo.

En este caso se proclama como error que la sentencia de instancia no haya hecho alusión a que las funciones que el recurrente tenía encomendadas como tesorero de FAFFE, habían sido objeto de delegación. Sin embargo, el hecho de que existiera o no delegación es irrelevante para la afirmación fáctica de la sentencia en cuanto ésta no se refiere a la realización material de pagos sino que declara que tanto por su condición de Secretario General Técnico como por su condición de tesorero de FAFFE, conoció la indebida contratación de los trabajadores de UMAX y era el encargado de comprobar, proponer y autorizar los pagos de contratos menores inexistentes y de invitar a las sociedades para que ofertaran en los procedimientos de contratación negociados sin publicidad, siendo él quien autorizaba dichos contratos, iniciados desde los servicios centrales de la Consejería. El conocimiento del procedimiento ilegal de contratación lo deduce la sentencia de la valoración global de una buen número de elementos de prueba y la intervención en el proceso de contratación lo deduce las competencias asignadas por razón del cargo, por lo que la existencia de delegación en las funciones de tesorero de FAFFE es irrelevante a estos efectos y los documentos a los que alude el motivo no acreditan en modo alguno ni la falta de conocimiento del procedimiento de contratación ni la falta de intervención del recurrente en la tramitación y adjudicación de los contratos. Por último, sorprende que se haga referencia a la

delegación de competencias que se afirma existente con una Resolución de Delegación de competencias del año 2013, muy posterior a la fecha en que el Sr. Maximo ejerció el cargo.

El motivo, en consecuencia, se desestima.

35. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

El recurso dedica los motivos sexto, séptimo y octavo a cuestionar la valoración de la prueba por entender lesionado el principio de presunción de inocencia. Dada la identidad de fundamento y de precepto constitucional invocado procedemos a dar respuesta conjunta a estos tres motivos.

35.1 En el sexto motivo del recurso, citando los artículos 24. 1 y 2 y 120 CE, se reprocha a la sentencia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la presunción de inocencia por entender que la sentencia carece de la motivación mínima exigible en relación con lo siguiente: (i) El relato fáctico carece de la suficiente claridad y no se completa indebidamente con motivaciones fácticas incluidas en la fundamentación jurídica; (ii) No hay prueba alguna acreditativa del conocimiento o participación de los recurrentes en el acuerdo verbal del año 2003 ni de los hechos que sirven de soporte a la condena por delito de malversación; (iii) Tampoco hay prueba sobre el conocimiento de los acusados respecto a las falsedades documentales, deduciéndose ese conocimiento exclusivamente de las competencias del cargo de Secretario General Técnico.

En el séptimo motivo se señala que la condena de los recurrentes se apoyó en la declaración testifical del agente NUM011 , firmante del atestado que, sin embargo, no fue ratificado en el juicio porque ninguna pregunta se realizó el citado agente para que procediera a la formal ratificación. En relación con la práctica de prueba se denuncia la actuación imparcial del presidente del tribunal, cuestión a la que ya se ha dado respuesta en el fundamento jurídico décimo sexto, que reiteramos; se alega que no se ha investigado si los trabajos contratados se prestaron realmente y no hay prueba respecto a si las subvenciones concedidas a UMAX por la Consejería de Empleo se destinaron a la finalidad para que fueron concedidas y quienes eran los responsables de FAFFE para conceder subvenciones y acordar su pago; se insiste en que no hay prueba de los hechos y que no se ha valorado en la sentencia la versión alternativa ofrecida por las defensas; se aduce que la investigación policial obvió la realidad de los expedientes administrativos investigados y las competencias regladas del recurrente; y que la sentencia ha preterido los informes del Jefe de Servicio de la SGT de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo y del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía que descartan intervención alguna de los SGT en estos hechos; se señala que otros acusados y una gran cantidad de testigos han aseverado que los recurrentes no tenían conocimiento de los hechos por los que han sido condenados y se reitera que han sido condenados por hechos que no figuraban en las conclusiones del Ministerio Fiscal.

En el octavo motivo del recurso se reitera la falta de prueba para atribuir los hechos a los recurrentes, centrando su análisis en la crítica a las distintas evidencias que, a juicio de la defensa, soportan la valoración probatoria y las que posteriormente aludiremos de forma detallada.

Como argumento de cierre señala el recurso que las inferencias que se derivan de la prueba practicada son tan abiertas que permiten otras alternativas, argumentando que la Junta de Andalucía, que se ha basado en los informes de sus funcionarios cualificados de la Asesoría Jurídica, que han intervenido en todas las diligencias de instrucción, y que tiene un conocimiento profundo de sus propias competencias y funciones, no ha formulado acusación contra los dos Secretarios Generales Técnicos. Se aduce que es una contradicción que se condene en base a los hechos sustentados por la Acusación Particular, obviando que ésta no acusa, lo que la sentencia intentar salvar al afirmar que se sortearon las distintas dependencias que debieron intervenir en el expediente de pago, aserto al que el recurrente presta su conformidad, pero le sirve para concluir que no es posible que el mismo haya cometido un delito si no lo hacen los que le anteceden y quienes le siguen en la cadena de tramitación de los pagos; preguntándose ¿cómo se puede acusar y condenar a un SGT que se limita a la tramitación contable en el ámbito de sus competencias, y no se hace lo propio con el órgano fiscalizador de esos contratos, y con los ocho delegados provinciales que contrataban al personal de UMAX?. La hipótesis alternativa es que el recurrente como los más de 50 funcionarios que intervinieron en la tramitación de los expedientes no conocían que los contratos que formalmente consistían en asistencia técnica informática realmente encubrían otro objeto: el pago de nóminas para trabajadores que prestaban servicios en la Dirección General de Trabajo.

35.2 Algunas cuestiones a las que aluden los distintos motivos, como la falta de claridad de la sentencia, la parcialidad del tribunal o la falta de determinación de los hechos punibles ya han sido analizadas en otros apartados de esta sentencia, por lo que limitaremos nuestra respuesta a lo que constituye nuestro ámbito de control cuando se invoca la lesión del derecho a la presunción de inocencia: La suficiencia de la prueba y la racionalidad de su valoración, dado que en el motivo no se hace alusión a ilegalidad alguna de las pruebas aportadas a juicio.

El Sr. Maximo ha sido condenado por tres delitos lo que obliga a analizar el juicio probatorio identificando la prueba que soporta cada uno de los delitos, que tienen una configuración típica claramente diferenciada. La sentencia atribuye al recurrente la comisión de los tres delitos porque tenía conocimiento de la ilegalidad de la contratación y tuvo una participación activa a través de la intervención en la tramitación y adjudicación de los contratos menores y a través del autorización de pago de las facturas giradas por UMAX, pero el hecho de que conociera que el procedimiento que se seguía fuera ilegal no es suficiente para construir el juicio de autoría de los tres delitos. Cada delito tiene una configuración diferente y la prueba debe acreditar la concurrencia de los elementos típicos de cada delito, de ahí que nuestro análisis del juicio probatorio se realice analizando de forma diferenciada cada delito.

35.3 Delito de prevaricación administrativa

Al efectuar la calificación jurídica de los hechos la sentencia identifica como resolución prevaricadora el otorgamiento del contrato verbal que sirvió de marco para las distintas contrataciones de trabajadores por UMAX y no cabe duda que en dicho contrato, celebrado entre el Sr. Roman y el Sr. Samuel , ninguna intervención tuvo el recurrente y, desde luego, ninguna prueba hay en sentido contrario.

La sentencia también declara probado que el Sr. Maximo " *sabía la indebida contratación de los trabajadores de UMAX y aceptó la simulación que se realizaba con los contratos en los que intervenía",* le correspondió " *el conocimiento, tramitación y adjudicación de la mayoría de estos contratos",* refiriéndose a los contratos verbales y negociados sin publicidad a través de los cuales se justificó formalmente el gasto que había de satisfacerse por las contrataciones de trabajadores y era también el *"encargado de comprobar, proponer y autorizar el pago de los contratos menores inexistentes antes citados e invitar a las sociedades para que ofertasen en los procedimientos negociados sin publicidad, siendo él quien adjudicaba los contratos iniciados desde los servicios centrales de la Consejería".* Se declara también que *"el Sr. Maximo Intervino en distintos contratos con UMAX, actuando la Secretaría General Técnica como contratante" y que fue "el ordenante de los pagos de tres subvenciones a UMAX".*

Hemos mantenido en el fundamento jurídico vigésimo sexto que, dada la complejidad de los hechos y a pesar de la falta de riqueza descriptiva del juicio histórico de la sentencia, la forma genérica de descripción de los hechos es suficiente para concretar la acusación en sus rasgos esenciales, garantizando de esa forma el derecho de defensa. Sin embargo, esa descripción genérica no puede servir de justificación eludir la aportación de una prueba suficiente que le sirva de soporte.

La sentencia identifica hasta 25 elementos de prueba para afirmar que tanto el Sr. Maximo como la Sra. Adelina estaban al tanto de la contratación de trabajadores a través de UMAX. Dejando al margen que la mayor parte de esas pruebas se refieren a documentos emitidos con posterioridad al cese del Sr. Maximo , la sentencia no menciona una sola prueba acreditativa del otorgamiento de contratos por parte de éste. La única referencia a esta facultad podría venir determinada por las competencias atribuidas al cargo de Secretario General Técnico que, si bien, acreditan su participación en el proceso de contratación de personal, no evidencian por sí que el recurrente otorgara personalmente los contratos.

Conforme al artículo 5 del Decreto 203/2004, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, al Secretario General Técnico le corresponde la jefatura superior del personal, la gestión del gasto y la gestión de la contratación administrativa y si bien tales funciones permiten afirmar, desde criterios de racionalidad y sentido común, su papel central en la contratación de personal y en el control de la misma, no son suficientes para afirmar con la necesaria solidez y suficiencia que el recurrente otorgara personalmente alguno de los contratos articulados a que se refiere la sentencia y que, por lo mismo, dictara resolución administrativa alguna en este proceso.

La ausencia absoluta de prueba sobre este hecho permite afirmar la lesión de su derecho a la presunción de inocencia por lo que procede su absolución por este delito.

35.4 Delito de falsedad documental

Iguales consideraciones deben hacerse respecto del delito de falsedad documental. La sentencia no hace alusión a prueba alguna de la que se infiera que el Sr. Maximo interviniera en la confección de los documentos falsos (contratos y facturas) o que por su orden se realizaran tales documentos. El simple hecho de que admitiera el pago de las facturas conociendo su falsedad no permite atribuirle la autoría en dicho ilícito. Se precisaría acreditar que ordenó o indujo de algún modo a que se hicieran las facturas y sobre estos extremos ninguna prueba menciona la sentencia por lo que el vacío probatorio es absoluto, Por tanto, procede también la libre absolución por el delito de falsedad documental.

35.5 Delito de malversación de caudales públicos

Distinto desenlace procede en relación con el delito de malversación de caudales públicos. En el fundamento jurídico décimo cuarto de la sentencia impugnada se hace referencia a un conjunto de evidencias o pruebas que acreditan con suficiencia que el Sr. Maximo tenía competencias sobre la contratación administrativa y la gestión del gasto y, conociendo la ilegalidad del sistema de contratación implantado, nada hizo para evitar la disposición de los fondos públicos.

Las pruebas a que alude la sentencia, limitada a las referidas a la intervención del Sr. Maximo , son resumidamente las siguientes:

(i) Las reclamaciones formuladas por Samuel , singularmente la de 10/10/2011 (folios 42-46) en la que se describe la contratación realizada y se señala expresamente que los trabajadores fueron contratados por UMAX para prestar los servicios que requerían en cada caso los distintos Directores Generales y Secretarios Generales Técnicos;

(ii) La declaración de Manuel que al conocer el sistema de contratación que se había utilizado quedó "estupefacto", es decir, admitió la clamorosa ilegalidad del sistema;

(iii) Distintas declaraciones testificales acreditativas de los trabajos que se prestaban en la Dirección General o en las Delegaciones Provinciales por personal contratado por UMAX (Apolonia , Jefa del Departamento de Convenios Colectivos; Cesareo , Jefe del Servicio de Coordinación Técnica; Efrain , Jefe del Servicio de Estudios e Investigación; Felicisimo , Jefe del Servicio de Gestión, Autorizaciones y Estadística; Guillermo , Jefe del Departamento de Promoción; Jacobo , Jefe del Servicio de Planificación y Promoción Técnica de la Dirección de Seguridad y Salud Laboral; Justiniano , Secretario General de la Delegación Provincial de Empleo en Córdoba; Leticia , Jefa de Legislación y Recursos de la Consejería de Empleo; Emilia , Jefa de Servicios de Ordenación y Coordinación; Noelia , trabajadora; Matilde .

De este listado de declaraciones sólo pueden tomarse en consideración las prestadas por Apolonia , Leticia , Emilia y Matilde , en cuanto sólo estas testigos fueron citadas al juicio oral.

Las restantes se prestaron dentro del expediente administrativo incoado por consecuencia de los hechos aquí enjuiciados, por lo que se realizaron extramuros del procedimiento judicial, sin intervención judicial y sin contradicción procesal por lo que carecen de las condiciones necesarias para ser estimadas como pruebas de cargo.

A pesar de las exclusiones realizadas, los testimonios aludidos acreditan las contrataciones y la prestación de servicios dentro de la administración así como la competencia de la Secretaría General Técnica en materia de contratación.

(iv) La información aportada por la Intervención de la Junta de Andalucía (folios 1898-1899) en la que figura una tabla Excel en la que constan los pagos realizados, figurando en varias ocasiones como órgano contratante de UMAX la Secretaría General Técnica

(v) El Sr. Maximo fue el ordenante del pago de 14 contratos simulados firmados durante el periodo 2003 a 2007, según obra en el listado obrante a los folios 1804-1805 de las actuaciones.

(vi) Intervino en la tramitación y propuesta de pago de las facturas de los contratos menores presentadas por UMAX y en la adjudicación de los contratos de procedimiento negociado sin publicidad.

(vii) La sentencia precisa que conforme al artículo 5 del Decreto 203/2004, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo, al Secretario General Técnico le correspondía, entre otras, las siguientes competencias: Organización y racionalización de las Unidades y Servicios de la Consejería, la gestión del gasto y la gestión de la contratación administrativa.

La valoración conjunta de todas estas evidencias realizada por el tribunal de instancia se condensa en el siguiente párrafo de su sentencia:

"Todos estos datos junto con el hecho de que las facturas de UMAX fueran autorizadas por el Sr. Maximo y la Sra. Adelina durante el tiempo que ejercieron como Secretarios Generales Técnicos de la Consejería de Empleo, tanto en tal condición como en la de Tesoreros de FAFFE y SAE, siendo los responsables de la tramitación de los pagos realizados tanto por la Consejería, como por el SAE y FAFFE, además del resto de competencias que legalmente tenían atribuidas, así como la afectación del acuerdo verbal del Sr. Roman a otros centros directivos de dichos organismos, nos hace tener por acreditado el conocimiento de estos acusados del entramado delictivo creado por dicho Director General y Samuel , integrador de los tres delitos antes definidos, y también, su participación activa en su ejecución y desarrollo".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

La defensa, frente al criterio de la sentencia, discrepa de la valoración probatoria realizada por la Audiencia Provincial. Se argumenta que la condena de los recurrentes tiene como soporte ocho indicios, que son los siguientes:

"PRIMERO. El Sr. Samuel en representación de UMAX solicitó a la Consejería de Empleo a partir de 2011 la convalidación del gasto, reconocimiento extrajudicial del crédito y reconocimiento de deuda por importe de 1.550.000 euros, por la puesta a disposición de trabajadores requeridos por las distintas Direcciones Generales y Secretarías Generales Técnicas.

Se cuestiona este primer indicio porque hay prueba de descargo que los desmiente. El Sr. Samuel negó todo contacto con la Secretaria General Técnica y no ratificó el escrito de solicitud. Avala la falta de intervención de los Secretarios Generales Técnicos el Informe IEP100425/12 del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, suscrito por el Jefe de la Asesoría Jurídica, don Basilio negando la existencia del requerimiento. Se cuestiona la información aportada por el Interventor General de la Junta de Andalucía, obtenida del sistema "Jupiter" en el que constan los pagos realizados y en el que consta como uno de los órganos contratantes la entidad UMAX por considerar que dicha información no se refería en los escritos de calificación y fue descubierta por consecuencia del interrogatorio inquisitivo del presidente del Tribunal.

Ninguno de los argumentos expuestos contradice el incuestionable contenido literal de la reclamación en la que claramente se refiere que las contrataciones se realizaban para cumplir con los requerimientos concretos tanto de los Directores Generales de Trabajo como del Secretario General Técnico. En cuanto a la información obtenida del sistema JÚPITER su contenido también resulta incuestionable y acredita el conocimiento del Sr. Maximo de los distintos contratos articulados para justificar el gasto hasta el punto de que fue quien de forma constante y reiterada autorizó su pago.

SEGUNDO. La sentencia considera acreditado que todos los pagos realizados entre el año 2003 a 2007 a UMAX por parte de la Consejería de Empleo, están instrumentalizados en contratos similares y que, por tanto, las prestaciones que constan en memorias y facturas nunca se realizaron.

Esta afirmación de la sentencia se soporta en los Informes realizados por el Servicio de Contratación y Convenios de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, suscritos por el Jefe de Servicio, don Cirilo . Sin embargo, el Sr. Cirilo manifestó en juicio que no le consta que los servicios no se prestaran y no se ha tomado en consideración la declaración del testigo don Ovidio , Jefe de Servicio de Ordenación y Coordinación Laboral de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social durante los años 2003 a 2006, que realizó las memorias acreditativas de los servicios prestados, dando conformidad a las facturas emitidas. Las prestaciones realizadas han contado con la corroboración de numerosos testimonios, que se citan en el motivo.

La alegación simplifica las pruebas valoradas por el tribunal para acreditar que los contratos otorgados para justificar el gasto no respondían a las prestaciones que en cada caso aludían los aludidos contratos. El fundamento jurídico séptimo de la sentencia de instancia se refiere a esta cuestión e identifica las siguientes pruebas:

(i) Informe del Servicio de Contratación y Convenios de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (f. 1098 vuelto y 1099) *"de las comprobaciones realizadas y el requerimiento de los distintos contratos formalizados con la interesada, se constata que no existe ninguno que tuviese como objeto la puesta a disposición del personal de UMAX para el ejercicio de actividades que en cada momento fueran requeridas por la extinta Consejería de Empleo, por lo que es presumible que esta puesta a disposición se produjese en el marco de diversas relaciones contractuales de objeto diverso"*;

(ii) La ausencia de contratos menores escritos que acrediten la condiciones de los acuerdos adoptados para su supuesta concertación;

(iii) La coincidencia temporal de un gran número de facturas presentadas por Samuel al cobro, con la fecha del documento de justificación motivada del supuesto contrato emitido por el Jefe de Servicio o el Director General (CD apartado expedientes UMAX). La sentencia menciona y detalla un buen número de facturas, todas ellas del ejercicio 2004.

(iv) El informe de Jose Ignacio , Secretario General de la Delegación Provincial de Málaga (folio, entre otros 1100 y 1101), que transcribimos por ser explicativo de la forma de actuación en los órganos periféricos respecto a UMAX, y del pago de facturas por contratos desconocidos en dichos organismos. Destacamos un párrafo del informe en el que se hace referencia a la forma en que se confeccionaban los contratos: *"En una reunión en los Servicios Centrales, realizada en torno al mes de mayo o junio de 2007, donde estaban presentes los Jefes de Servicio de Ordenación Laboral de las provincias, se informa que se van a desconcentrar una serie de créditos para hacer distintos contratos de consultoría y asistencia por procedimiento negociado sin*

publicidad o contratos menores, dando asimismo instrucciones de las empresas a las que había que invitar a los procedimientos dados de Sevilla y en las que se encontraba Umax Informática y Consultoría S.L. También se indicó que todos los objetos de dichos procedimientos debían tener relación con las tareas que se pudieran realizar dentro del servicio de Ordenación Laboral. Dos de estos procedimientos se adjudicaron a la empresa Umax Informática y Consultoría S.L. En el año 2008 se repitió la misma operación, nos transfieren una serie de créditos para consultorías y asistencias, indicándonos los mismos elementos que en el apartado anterior, en este año se adjudican tres contratos menores a esa empresa;

(v) Informe, emitido por Herminia , que fue Secretaria General de la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo en Jaén entre enero de 2005 y octubre de 2012, sobre su conocimiento de la relación con UMAX, en el que acompaña dos emails enviados, uno, el 26 de julio de 2007 por Emilia (f-1101vuelto) a distintos funcionarios de las Delegaciones Provinciales, donde se dan instrucciones sobre los objetos de los contratos;

(vi) Escrito presentado por la defensa del Sr. Samuel de fecha 11/11/2014 en el que se afirma: " *no alcanza esta parte a comprender la fijación que mantienen los letrados solicitantes, con mi representado, sin que insten la imputación de los propios funcionarios y autoridades del organismo que representan, los cuales son los que han redactado los contratos que mi representado ha ejecutado. Los que han puesto las condiciones de los mismos y los que se han encargado de las oportunas licitaciones. Ellos son los que han decidido el objeto de los mismos y obtenido directamente el resultado de la labor de los trabajadores de mi representado, el cual se ha limitado a financiar económicamente dicho personal"*.

(vii) Informe del jefe de Servicio de Contratación y Convenios, en el que se deja constancia, una vez examinada la documentación administrativa existente que *"los expedientes de contratación remitidos por las delegaciones Territoriales de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva y Sevilla en el curso de la información interna llevada a cabo en la Secretaría General Técnica a raíz de la reclamación de UMAX en 2012, constatan que, efectivamente, las empresas efectivamente invitadas en los procedimientos negociados realizados en 2007 eran las tres citadas, evidenciando con ello el interés de los Servicios Centrales de la Consejería de consumar la concertación acordada con Samuel y el Sr. Roman y su pago mediante los sistemas antes indicados de utilización de conceptos inexistentes para justificar las facturas que presentaba UMAX"*.

(viii) Comunicación de 27/01/2011, en relación a un contrato adjudicado a UMAX EL 09/08/2006, del que se dice: *"con fecha 24 de marzo de 2008 el Servicio de Ordenación y Coordinación Laboral comunicó que el trabajo no había sido aún recepcionado de conformidad y que, por tanto, no se podía tramitar el último pago. Habiendo transcurrido tiempo y sin que conste en este Servicio trámite alguno relativo a la ejecución de este contrato, se va a proceder a iniciar el procedimiento de resolución del mismo. En caso de que procediese continuar la tramitación deberá acompañar memoria justificativa del retraso sufrido en su ejecución"*. La sentencia concluye, a modo de ejemplo que este contrato se había pagado sin que constara su ejecución.

La prueba, valorada en su conjunto, acredita la simulación contractual a que alude la sentencia de instancia.

TERCERO. Principalmente por razón de sus competencias, tanto en la Secretaría General Técnica de la Consejería de Empleo, como en su calidad de Tesorero de la FAFFE y el SAE, suscribió contratos y centralizó los pagos realizados a UMAX.

Se señala en el desarrollo argumental del motivo la normativa administrativa que regula las funciones y competencias de las Secretarías Generales Técnicas para realizar las siguientes afirmaciones: (i) No son un órgano inspector, y en relación con estos hechos ese limitó a realizar la propuesta de documento contable conforme a sus competencias regladas, sin que pudiera dudarse de la realidad de la contratación realizada por otro centro directivo. Además, la intervención en los procedimientos de contratación no es tarea del Secretario General Técnico, sino de los Jefes de servicio; (ii) Tampoco son un órgano fiscalizador y entre sus competencias no está la de realizar el control de legalidad de los actos y resoluciones dictados por los Directores Generales; (iii) No es un órgano unipersonal por lo que no le corresponde al titular de dicho órgano en ejercicio de todas las funciones, que se atribuyen a los distintos funcionarios conforme a los Decretos de Estructura y, con arreglo a ellos, correspondía las funciones de contratación; (iv) Es un órgano que sólo puede realizar las competencias que le asigna la ley, es un órgano de carácter instrumental y horizontal en funciones de estudio, documentación y asesoramiento y no estaban entre sus funciones el otorgamiento de contratos a que se refiere el presente procedimiento.

Los argumentos de la defensa se contradicen con las pruebas anteriormente reseñadas. Merced a las distintas competencias que el Sr. Maximo tenía asignadas en materia de gestión de personal, gestión del gasto y contratación administrativa tuvo conocimiento de las personas que prestaban servicio en la Dirección General de Trabajo y en las distintas Delegaciones Provinciales. Consta también que el personal se contrataba a requerimiento de la Secretaría General Técnica, que el Sr. Maximo autorizó el pago de 14 contratos celebrados durante su mandato y que en su departamento se tramitaron los pagos de las facturas, por lo que no cabe

ampararse en un entendimiento meramente formal de sus competencias para negar todo conocimiento de las ilegales contrataciones.

CUARTO. El Sr. Maximo , como Secretario General Técnico de la Consejería de Empleo, adjudicó dos contratos (1/2005 y 2/2005), negociados sin publicidad, en los que, con una pequeña comprobación, habría aclarado las relaciones empresariales de las empresas vinculadas, todas ellas del círculo de don Samuel .

Se insiste en que la Secretaría General Técnica era un órgano tramitador que carecía de competencia para corregir siquiera lo dispuesto por el órgano gestor y no tenía que realizar comprobación alguna, función que correspondía a los Jefes de Servicio.

Esta alegación tampoco puede tener favorable acogida. Nos remitimos a lo dicho anteriormente.

QUINTO. El Sr. Maximo intervino y propuso el pago de determinadas facturas emitidas por UMAX en el año 2004, en una de ellas fechada el 30/12/2004, la memoria justificativa, la toma de razón para el endoso de la factura son de la misma fecha, lo que no es lógico que se proponga su pago en la misma fecha sin comprobación de su correcta ejecución.

Se señala en el motivo que esta afirmación carece de fundamento dado que se realizó la oportuna Memoria justificativa del pago, que fue fiscalizado por la Intervención, siendo frecuente que este tipo de contratos se realizan en los últimos días del ejercicio, si hay crédito para ello.

Este dato se trata de descontextualizar. La sentencia pone de relieve, con cita de muchas otras facturas, que las fechas de los pagos de las facturas coincidían con las fechas de los respectivos contratos, haciendo una relación de algunas de estas facturas, lo que se valora como uno de los indicios acreditativos de que los contratos tenían un contenido ficticio en cuanto hacían mención a servicios de tracto sucesivo y no es lógico que la factura se gire el mismo día de la contratación sino con posterioridad, una vez prestado el servicio.

SEXTO. El SAE concedió a UMAX unas subvenciones, siendo la persona ordenante del pago en tres de ellas, Maximo .

A parte de que las subvenciones quedaron fuera de enjuiciamiento, según se ha alegado en otros motivos, el Secretario General Técnico, en el ejercicio de sus competencias, sólo interviene en la fase contable del expediente y carece de competencias fiscalizadoras, que corresponden a la Intervención Delegada.

También se pretende descontextualizar esta evidencia. Se trata de un indicio que se utiliza para acreditar que el recurrente tenía conocimiento de la contratación por distintas vías, una de ellas la concesión de subvenciones a UMAX.

SEPTIMO. Según declaraciones en fase de instrucción de doña Noelia ("conocía el sr. Maximo que trabajaba en UMAX") y doña Emilia , identificada como Jefa de Servicios de Ordenación y Coordinación Laboral (si bien debe añadirse "de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social"), "La Jefatura de Servicios que desempeñó no tenía competencias que correspondían al titular de la Dirección General y la Secretaría General Técnica, por lo cual en ellas debieron obrar los datos en cuestión", así como algún otro testigo que declaró exclusivamente en instrucción.

En relación con las pruebas testificales se destaca que ningún testigo ha declarado que los recurrentes conocieran o pudieran haber conocido la ilicitud de los contratos y del cobro de UMAX de cantidades superiores a las nóminas de los trabajadores de la empresa en que prestaban servicios para la Dirección General. Y refieren también que las declaraciones tomadas en consideración no se prestaron en el juicio sino en la fase de instrucción, que en muchos casos no comparecieron a juicio a ratificar sus declaraciones y, en otros, declararon de forma distinta a lo afirmado en la fase de investigación.

Las declaraciones testificales, a las que hemos hecho referencia con anterioridad, acreditan la efectiva prestación de servicios de los trabajadores de UMAX en las dependencias de la administración, dato que debe ponerse en relación con los demás elementos de prueba. Con anterioridad ya hemos excluido de toda valoración las declaraciones no prestada en el juicio oral y en cuanto a las posibles contradicciones de los que declararon en juicio respecto de lo declarado anteriormente, el recurso no hace precisión alguna por lo que no es procedente que esta Sala realice una indagación singularizada.

OCTAVO. El personal externo tenía asignados números de correos electrónicos con indicación de ser externos y los Secretarios Generales Técnicos, eran los responsables de la intendencia, de proveer el material de trabajo, mesas, ordenadores, sillas y demás recursos de dicho personal".

La sentencia refiere que era un hecho de conocimiento público en la Consejería la existencia de trabajadores de UMAX ejerciendo labores de funcionarios públicos; y también que los SGT eran los responsables de la intendencia, de proveer el material de trabajo, mesas, ordenadores, sillas y demás recursos a dicho personal; y

que los trabajadores de UMAX tenían asignados números de correo electrónico con la indicación de que eran externos. Considera que estos indicios son muy débiles, pues la opinión de algunos testigos, que ni siquiera se especifica quiénes son, de que un hecho es de conocimiento público es de tal subjetividad que no puede merecer credibilidad; comentando la declaración de doña Matilde porque pone de manifiesto la subjetividad de ese "conocimiento público"; y en relación con la intendencia de la Consejería de Empleo, no consta que los trabajadores de UMAX tuviesen asignado material específico o singular, distinto del resto de los funcionarios públicos, cuando, además, la condena pivota en que ambas clases de trabajadores realizaban sus funciones en el mismo espacio físico, sin que hubiera sillas o mesas distintas; en relación con el correo electrónico, no hay ningún dato que identifique al usuario de la cuenta de correo corporativa con UMAX, ni que fuese autorizado por la SGT de la CE, mencionando el único testimonio que existe que es el de Gloria ; y considera que la inferencia de que este alto cargo debía conocer la cuenta de correo corporativo de todos los funcionarios de la CE con más de 3.000 personas es de una absoluta debilidad.

También en este caso se pretende la descontextualización de este dato que debe ponerse en relación con los restantes. Las evidencias del conocimiento de estas contrataciones son múltiples y deben ser puestas en conexión son el papel central que tenía el Secretario General Técnico en los tres de los aspectos que delimitan la intervención administrativa: contratación, ordenación del personal y control del gasto.

La defensa pretende cuestionar el discurso probatorio de la sentencia impugnada mediante un análisis minucioso y singularizado de cada una de las evidencias valoradas por el tribunal de instancia olvidando que en esta sede casacional nuestro análisis no consiste en suplantar la valoración que el tribunal sentenciador haya hecho de las pruebas practicadas a su presencia, ni en realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir esa valoración. Lo que debemos comprobar es si el tribunal de instancia ha dispuesto de prueba de cargo, suficiente y válida, y si la ha valorado razonablemente. Y en ese cometido, según recuerda el Tribunal Constitucional en su STC 126/2011, de 18 de julio no es admisible que se fragmenten o disgreguen cada una de las afirmaciones de hecho de la sentencia impugnada o de las pruebas tomadas en consideración o de la línea argumenta utilizada por el tribunal de enjuiciamiento. No cabe aislar cada prueba privándolas del sentido que resulte de su valoración conjunta. La revisión que posibilita la invocación del derecho a la presunción de inocencia habilita para desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio. Debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para determinar en cada caso si ese derecho fue o no respetado (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 14; y ATC 247/1993, de 15 de julio, FJ 1)".

Desde esa perspectiva de conjunto coincidimos con el tribunal de instancia en que la prueba aportada a juicio resulta suficiente para acreditar que el recurrente tuvo completo conocimiento del sistema ilegal de contratación que se utilizó y contribuyó directamente a su utilización continuada en el tiempo y al menoscabo de los fondos públicos que conllevaba, sin que adoptara medida alguna para ponerle fin, a pesar de que tenía competencias suficientes para poner reparos y evitar las contrataciones y los pagos consiguientes. La valoración de las pruebas realizadas por el tribunal de instancia se ajusta a criterios de racionalidad y sentido común por lo que en relación con el delito de malversación de caudales públicos no apreciamos lesión alguna del invocado derecho a la presunción de inocencia.

36. Atenuante de dilaciones indebidas

En el décimo cuarto motivo del recurso y al amparo del artículo 852 de la LECrim se reprocha a la sentencia la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 CP.

Esta cuestión ha sido analizada y desestimada en el fundamento jurídico quinto al que nos remitimos.

El motivo se desestima.

37. Pronunciamiento sobre Responsabilidad Civil

En el motivo décimo quinto, por infracción de ley del artículo 849.1 de la LECrim, se denuncia la aplicación indebida del artículo 109 CP, ya que no habiendo renunciado expresamente la Junta de Andalucía a su derecho a la indemnización, la sentencia debe limitarse a condenar a los acusados contra los que ejercita su reclamación y no respecto a los otros a los que solo reclama el Ministerio Fiscal, ya que la literalidad de la ley no impide una interpretación lógica que entienda que al no ejercitar la Administración la acción civil (y penal) contra los que han sido acusados solo por el Fiscal, debe entenderse implícitamente como reserva de acciones civiles y la podrá ejercitar en el procedimiento correspondiente, pero en ningún caso el Ministerio Fiscal puede suplir la concreta delimitación de las personas responsables y la determinación de su cuantía. Por otro lado, impugna las bases tomadas en cuenta para su determinación dado que, ante la inconcreción e indeterminación de la

fórmula utilizada por la sentencia para concretar el perjuicio debe revocarse la condena al carecer de cualquier razonabilidad.

Esta cuestión ha sido analizada y desestimada en el fundamento jurídico décimo tercero al que nos remitimos.

El motivo se estima parcialmente.

RECURSO DE DOÑA Adelina

Por razones metodológicas procederemos a alterar el orden de respuesta de los distintos motivos.

38. Motivos iguales a los formulados en el recurso de don Maximo

Los motivos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de este recurso son idénticos a los formulados con los mimos numerales en el recurso del Sr. Maximo y que ya han recibido respuesta en los fundamentos jurídicos vigésimo sexto a trigésimo por lo que reiteramos lo allí dicho para evitar repeticiones innecesarias.

Los cinco motivos se desestiman.

39.Juicio de tipicidad en el delito de prevaricación administrativa: Legalidad de la actuación conforme a la normativa extrapenal aplicable

39.1 Este recurso destina los motivos noveno, undécimo y décimo tercero a cuestionar la subsunción normativa de los hechos probados en el delito de prevaricación administrativa. Los argumentos son similares, y en gran parte idénticos a los formulados en el anterior recurso.

En el noveno motivo del recurso se denuncia la aplicación indebida de la Ley 6/1983, de 21 de julio, de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art 42); de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (art. 77); de la Ley 9/1997, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía; de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico de Empleo Público, así como de los Decretos de Estructura Orgánica de la Consejería de Empleo 103/2004, 204/2004 y 118/2008.

Se argumenta que es reprochable que se atribuya a la Sra. Adelina competencia para intervenir en los hechos objeto de acusación a partir de las formulaciones genéricas establecidas en las leyes, sin tomar en consideración la prueba practicada durante el juicio, acreditativa del alcance, desarrollo y forma de ejecución de las competencias. Pero, además, esa atribución competencial deriva de una incorrecta interpretación de la normativa de aplicación, de la que pueden extraerse las siguientes consideraciones:

(i) La Secretaría General Técnica es un órgano horizontal de ejecución y puesta en marcha de las decisiones de los órganos superiores, y en el ámbito de la gestión presupuestaria se limita a la gestión financiera y contable del presupuesto. Su actividad es reglada, sin que le corresponda función alguna de fiscalización o de control o seguimiento de los contratos de asistencia técnica. Son las Direcciones Generales a quienes corresponde la correcta ejecución de las asistencias técnicas y la función de la SGT se limita a la "Relación de puestos de trabajo". La única función que tiene asignada en materia de contratación de personal es la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo y gastos de personal de los entes instrumentales adscritos en el proceso de elaboración del anteproyecto de presupuestos, careciendo de competencia alguna respecto del "personal externo".

(ii) En relación con las contrataciones se reconoce por estas defensas que está prohibida la contratación verbal pero se argumenta que el pago debe realizarse porque en este tipo de expedientes sólo debe constar la Memoria suscrita por la Dirección General correspondiente y la factura, tal y como se expone en la Consulta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal 12/2002, de 13 de junio y algo similar sucede con los contratos negociados.

(iii) En la sentencia se confunden las competencias de la SGT con las de la Intervención Delegada (FJ 14º) señalando que a la SGT le corresponde la autorización de las órdenes de pago previo control formal de los documentos que justifican el pago, mientras que a la Intervención le corresponde la fiscalización de los contratos, conforme al artículo 77 de la Ley 51/1983, de 19 de julio, de la Hacienda Pública de Andalucía, citándose en el motivo toda la normativa que establece las competencias de la SGT. En el motivo se hace un completo repaso de la normativa general; de las competencias en los procedimientos de contratación; de las competencias de intervención; de las competencias de los órganos gestores que impulsan la contratación; de las competencias dentro de la propia SGT y de las competencias en relación con el ejercicio del cargo de tesorero del SAE y FAFFE.

(iv) Por último, se destaca que la SGT no es un órgano unipersonal sino que cuenta con una plantilla de personal altamente cualificado, cado uno de ellos con sus respectivos roles. En este punto se destacan las

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

competencias regladas que tienen los Jefes de Servicio, conforme al artículo 3 del Decreto 90/1993, de 13 de julio, señalando que en los expedientes de contratación en los que la recurrente propuso el pago de las facturas intervinieron dos Jefes de Servicio ñ, emitiéndose la propuesta de documento contable que se pasó a la firma de la SGT

(v) En cuanto a la funciones ejercidas por la Sra. Adelina como tesorera de SAE y de FAFFE se destaca que el Decreto 46/1986, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Tesorería y Ordenación de pagos dispone que la ordenación de pagos en ejecución de compromisos presupuestarios requiere la firma del Interventor-Delegado, del Jefe de Servicio de Tesorería y del Secretario General Técnico.

En el motivo undécimo, por su parte, se sostiene también que los hechos atribuidos al recurrente no constituyen delito de prevaricación administrativa, tipificado en el artículo 404 CP. Se alega que, según la sentencia impugnada, "la resolución que se estima prevaricadora, es precisamente esta decisión de contratar a personal al servicio de la Administración, prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", ya que se hizo de forma verbal, contraviniendo...".

Pues bien, se afirma en el recurso que la recurrente nada tuvo que ver con esa contratación, entre otras razones, porque fue muy anterior a su acceso al cargo. También se aduce que no tuvo intervención alguna en la contratación en 2009 de las cuatro personas a las que alude la sentencia, como así se deduce de la declaración de tales personas y del Sr. Samuel . Se señala que sus competencias en FAFFE estaban delegadas en la Dirección Financiera de la Fundación y realiza una detallada y extensa crítica a la valoración de la prueba realizada por la sentencia de instancia.

Y en el motivo décimo tercero se vuelve a insistir en la falta de competencia de la Secretaría General Técnica en materia de contratación administrativa, ni en los expedientes de subvenciones ni tampoco en materia de personal, limitándose a intervenir en la organización de éste a través de las relaciones de puestos de trabajo.

39.2 Como ya hemos dicho anteriormente, el motivo de casación previsto en el artículo 949.1 de la LECrim permite el control del juicio de tipicidad realizado en la sentencia impugnada pero respetando escrupulosamente los hechos probados.

En este caso y en lo que se refiere a la Sra. Adelina , Secretaria General Técnico de la Consejería de Empleo, se declara probado que *"fue nombrada para dicho cargo el 29 de abril de 2008 y lo ejerció hasta el 15 de mayo de 2010, e igualmente, era consciente de la realidad de la contratación ilegal del personal de UMAX y sus sociedades vinculadas y de la forma de pago de las facturas emitidas por dicha entidad*"; También que junto con el Sr. Maximo *"intervinieron en distintos contratos con UMAX, siendo la Secretaría General Técnica la que actuó como contratante del último concierto abonado a UMAX, de fecha 17 de noviembre de 2010, por importe de 20.945 euros, cuya propuesta de pago fue firmada por la Sra. Adelina sin contar con memoria justificativa del supuesto contrato* "; que fue la ordenante de la subvención a UMAX de 25/11/21009; que a partir del nombramiento del Sr. Manuel como Director General de Empleo, recibió instrucciones para arreglar el desaguisado, " *intermediando para la contratación de la mayor parte de los trabajadores que habían sido despedidos de UMAX por FAFFE no obstante saber la ilegalidad de tal forma de contratación*".

39.3 Por lo tanto, antes de analizar, como proponen los distintos motivos, si la Sr. Adelina tenía o no competencias para dictar resoluciones administrativas en esta materia debemos determinar si el juicio histórico de la sentencia describe una acción que pueda ser susceptible de ser calificada como prevaricación administrativa y, según lo que acabamos de referir, el juicio histórico atribuya a la impugnante cuatro hechos: El conocimiento de la ilegalidad de la contratación, la intervención en distintos contratos, la intervención como contratante en el concierto de 17/11/2010 por importe de 20.945 euros y la intermediación en la contratación por FAFFE de los trabajadores despedidos de UMAX.

Ya hemos precisado en el fundamento jurídico trigésimo primero que por "resolución en asunto administrativo", en el contexto del delito de prevaricación del artículo 404 CP, debe entenderse "todo acto decisorio adoptado sobre el fondo de un asunto administrativo, de carácter ejecutivo, adoptado por quien ostenta la cualidad de funcionario público o autoridad. El hecho de que tenga contenido decisorio no exige que ponga fin a la vía administrativa ni que concluya el procedimiento, por lo que ha de entenderse como resolución no sólo el acto que pone fin al procedimiento y resuelve definitivamente la cuestión que se ventile, sino también aquellos otros actos que a pesar de no ser conclusivos tengan un contenido material sustantivo de suerte que resuelvan sobre el fondo en algún aspecto fundamental para la resolución final del procedimiento". Y también hemos precisado que pueden tener ese carácter el otorgamiento de contratos otorgados en ejecución de una resolución administrativa, siempre que exista un nexo indisoluble entre la resolución y el contrato de forma que el otorgamiento de éste constituía la consumación del delito de prevaricación.

Pues bien, los hechos que se describen en el juicio histórico no cumplen con las exigencias típicas del artículo 404 CP.

El que la Sra. Adelina fuera consciente de la existencia de la contratación administrativa ilegal y pudiera haber contribuido de alguna forma a su mantenimiento no constituye prevaricación administrativa porque para que pueda ser afirmada la existencia de este delito se precisa la adopción de alguna resolución administrativa resolutoria de algún aspecto fundamental de ese sistema.

Tampoco es constitutivo de prevaricación que intermediara para la contratación en FAFFE de trabajadores despedidos de UMAX porque ni en el relato fáctico, ni tampoco la fundamentación jurídica se precisa en qué consistió esa intermediación. La única referencia a esta cuestión en el fundamento jurídico décimo cuarto es la declaración testifical de doña Matilde que dijo en el juicio que" *"la propuesta de pasar a FAFFE los empleados de UMAX provenía de la Secretaría General Técnica"*, pero el hecho de que la propuesta viniera de ese organismo no significa que la recurrente acordara la integración o que dictara algún tipo de resolución administrativa para que ésta tuviera lugar.

Por último y en lo referente a la intervención de la Sra. Adelina en los contratos advertimos la absoluta imprecisión del juicio histórico. Se dice que intervino en distintos contratos pero no se dice en qué consistió esa intervención. Y también se dice que " *la Secretaría General Técnica actuó como contratante del último concierto abonado a UMAX, de fecha 17 de noviembre de 2010, por importe de 20.945 euros, firmando la Sra. Adelina la propuesta de pago sin contar con memoria justificativa del supuesto contrato* . Sin embargo tampoco se precisa si la Sra. Adelina otorgó ese contrato personalmente. Sólo se declara que firmó la propuesta de pago que es un acto de mero trámite, una vez asumida la obligación de pago, debiéndose añadir que ni siquiera se declara que el contrato en cuestión fuera simulado.

Como conclusión de lo expuesto el relato fáctico de la sentencia no permite calificar estos hechos como delito de prevaricación administrativa, dado que no se declara que dictara ninguna resolución administrativa, por lo que no se cumplen los presupuestos típicos que exige el delito tipificado en el artículo 404 CP. Por tanto, procede la estimación de los motivos y a la libre absolución de la recurrente por este delito.

A mayor abundamiento, a este mismo resultado habríamos de llegar si la queja se analiza desde la perspectiva de la presunción de inocencia, cuestión que se plantea a través de los motivos de casación 6º, 7º y 8º en tanto que las afirmaciones fácticas de la sentencia que venimos analizando carecen, además, de todo soporte probatorio, por lo que damos por reproducido lo argumentado en el fundamento 31.3 de esta sentencia.

40. Juicio de tipicidad del delito de malversación de caudales públicos

En el décimo motivo del recurso, por infracción de ley, se denuncia la indebida aplicación de los artículos 432 y 74 CP.

Sintetizando el desarrollo argumental del motivo se alega que la Sra. Adelina no se concertó con nadie; que el pago del concierto de 17/11/2010 estaba autorizado por el Jefe de Servicio y en aquel momento no se planteó ni remotamente que pudiera tratarse de un contrato simulado; que la subvenciones de la Consejería a FAFFE a que alude la sentencia han quedado fuera de enjuiciamiento, no constan los expedientes de las mismas, fueron fiscalizadas por la Intervención de la Junta de Andalucía y el pago fue ordenado por la Tesorería General de la Junta de Andalucía sin que se haya aportado a las actuaciones la resolución que las aprobó, ni la cuenta justificativa ni siquiera su objeto por lo que no hay prueba acreditativa de que tales subvenciones se destinaran a la financiación de facturas falsas de UMAX; se cuestiona la afirmación de la sentencia de que intermediara para que los trabajadores de UMAX fueran contratos en FAFFE, limitándose a solicitar la autorización de la Dirección General de Presupuestos prevista en el artículo 30.4 de la Ley 5/2009, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía; se dice que no hay prueba alguna de que interviniera en las contrataciones, ni que tuviera conocimiento de la contraprestación pactada con el Sr. Samuel y se cuestiona todas las afirmaciones de la sentencia referentes a la conducta de la Sra. Adelina una vez que UMAX presentó su reclamación.

En realidad toda la argumentación del motivo gira en torno a la idea de la ausencia de prueba del delito de malversación, cuestión que se aleja del cauce casacional elegido, porque cuando se acciona por la vía del artículo 849.1 de la LECrim no pueden cuestionarse los hechos probados y lo único que admite este motivo de casación es el control del juicio de juridicidad de esos hechos.

El motivo se desestima.

41. Juicio de tipicidad del delito de falsedad documental

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

41.1 En el duodécimo motivo del recurso, también por infracción de ley y con cita del artículo 849.1 de la LECrim, se reprocha a la sentencia la indebida aplicación de los artículos 390.1 y 4, 392 y 74.1 del Código Penal, relativos al delito de falsedad en documento oficial.

Señala el recurso que resulta difícil identificar a qué falsedad documental se refiere la sentencia, si a las facturas a los contratos menores o negociados sin publicidad. Se señala que sólo la acusación particular formuló acusación contra la recurrente por falsedad en documento oficial por lo que no cabe su condena por falsedad en documento mercantil ya que no fue acusada de este delito. Se señala, al igual que en el motivo anterior, que en todo caso hay falta absoluta de prueba de la comisión de este delito dado que la recurrente no intervino en la redacción o elaboración de factura alguna; en cuanto a los contratos, desconocía que fueran ilegales y no intervino en ellos; los servicios se prestaron realmente y por tal razón se emitieron facturas, desconociendo la recurrente que hubieran sido prestados con infracción de las normas de contratación pública; la forma de pago no supone falsedad alguna, siendo en todo caso ajena a la impugnante. Por último, la sentencia no precisa qué tipo de falsedad se cometió.

41.2 En relación con la alegación de lesión del principio acusatorio por la condena por delito de falsedad en documento oficial nos remitimos a lo argumentado en el fundamento jurídico 27.2 de esta misma sentencia.

Al margen de lo anterior, en la condena por el delito de falsedad documental observamos las mismas deficiencias que hemos advertido respecto al delito de prevaricación.

La sentencia declara que la Sra. Adelina intervino en distintos contratos y que la propuesta de pago del contrato de 17/11/2010 fue firmada por ella. También declara que fue el ordenante del pago de la subvención concedida a UMAX el 25/11/2009 y que la Secretaría General Técnica concedió otra subvención en 2009 a FAFFE destinada al pago de facturas de UMAX. Por último, declara que intermedió en la contratación por FAFFE de los trabajadores de UMAX.

No se precisa en qué consistió su intervención en los contratos por lo que no puede afirmarse que participara como autora o inductora en la falsedad de los mismos y el hecho de que firmara la propuesta de pago en uno de ellos no significa que intervinieran en su confección o participara de algún modo en su posible falsedad, cuestión ésta a la que no se refiere la sentencia.

Por otra parte, el que ordenara el pago de varias subvenciones (cuestión que queda al margen del enjuiciamiento de este proceso) no significa que intervinieran en su concesión o que éstas adolecieran de algún tipo de falsedad.

Por último, y en relación con la intermediación en las contrataciones, además de que la sentencia no precisa en qué consistió, ninguna relevancia tiene para el delito de falsedad documental.

Nos identificamos con el planteamiento del motivo. El relato de hechos probados no permite concretar qué posibles falsedades pudo cometer la recurrente, ni qué intervención tuvo en la confección de los documentos que se califican de falsos (facturas y contratos). Por lo mismo, los hechos probados no pueden subsumirse en el delito de falsedad del artículo 390.1 y 4 y 392 CP, por lo que procede su libre absolución y, al igual que dijimos en relación con el delito de prevaricación, al mismo pronunciamiento absolutorio llegaríamos si analizamos la cuestión desde la perspectiva de la valoración probatoria. La sentencia presenta un absoluto vacío probatorio sobre esta concreta imputación.

En consecuencia, el motivo se estima y procede la libre absolución de la recurrente de este delito.

42. Error en valoración de la prueba (849.2 LECrim)

En el décimo sexto motivo, a través de la vía casacional del artículo 849.2 de la LECrim, se afirma que todas las proposiciones fácticas de la sentencia referidas a la recurrente son erróneas y en apoyo de su afirmación reseña 25 documentos que, a su juicio, acreditarían los errores fácticos reseñados.

Lo que plantea el motivo es una reevaluación completa de la prueba porque ninguno de los documentos aludidos por si acreditan la propuesta fáctica que se formula en el motivo y ya hemos dicho que el artículo 849.2 de la LECrim no permite este planteamiento. Por lo tanto, el motivo no puede ser acogido y las distintas alegaciones que contiene habrán de ser analizadas a través del prisma de la presunción de inocencia en el motivo siguiente.

El motivo se desestima.

43. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia

FOND DOCUMENTAL CENDOJ

43.1 En los motivos sexto, séptimo y octavo el reproche del recurso reside en la vulneración del principio de presunción de inocencia, planteado por la vía casacional que habilita el artículo 852 de la LECrim, cuestión a la que también se refiere de forma implícita el motivo décimo sexto, según acabamos de referir.

Trataremos de resumir estos extensos motivos con una advertencia previa: analizaremos el juicio probatorio únicamente en relación con el delito de malversación de caudales públicos dado que no cabe condena por los otros delitos, según hemos razonado anteriormente.

En el motivo sexto se argumenta que no hay prueba alguna que acredite que la Sra. Adelina tuviera conocimiento del acuerdo verbal que da origen a las contrataciones y que determina su forma y contenido en tanto que tuvo lugar en el año 2003, mucho tiempo antes de su acceso al cargo de Secretaria General Técnica de la Consejería de Empleo, destacando que durante años fue Secretaria del Patronato de FAFFE, cargo no retribuido. Esa entidad se reunía una vez al año y asistía con voz pero sin voto y que ninguno de los miembros de dicho Patronato ha sido siquiera llamado a declarar como testigo.

En el motivo séptimo se alega que la única prueba en su contra son las apreciaciones contenidas en el atestado policial en el que los agentes policiales hacen una peculiar interpretación de las competencias de la Secretaría General Técnica, objetivamente indebidamente sus competencias. Se aduce que no hay prueba en relación con las funciones de gestión de la contratación administrativa de dicho organismo.

En el motivo octavo se argumenta que las inferencias probatorias de la sentencia o bien son muy abiertas o bien se apartan de un discurso lógico. Se señala que no hay una sola prueba que acredite que la Sra. Adelina la intervención o, siquiera, el conocimiento de los hechos subsumibles en el delito de malversación. Las inferencias del tribunal de instancia se basan en una incorrecta interpretación de las competencias de los Secretaría General Técnica y la condena se basa, según se dice, en una especie de responsabilidad objetiva por el ejercicio del cargo. A continuación, se cuestionan uno a uno los indicios aludidos en la sentencia. Y en el motivo décimo sexto se hace alusión individualizada a lo que se calificada de errores fácticos.

43.2 La sentencia de instancia declara probado que la Sra. Adelina *"era consciente de la realidad de la contratación ilegal del personal de UMAX y sus sociedades vinculadas y de la forma de pago de las facturas emitidas por dicha entidad" de lo que infiere que los pagos efectuados durante el periodo en que ejerció su cargo (28/04/2008 a 15/05/2010) se hicieron fueron disposiciones de fondos públicos ilegales que colman las exigencias típicas del delito de malversación de caudales públicos".*

En el juicio histórico de la sentencia se refuerza esta conclusión con algunos datos fácticos que se declaran probados:

(i) Que había sido Secretaria de FAFFE desde el 22/05/2003 hasta el 05/05/2009 y posteriormente fue nombrada Tesorera de dicha fundación;

(ii) Que intervino en distintos contratos con UMAX y que la Secretaría General Técnica actuó como parte en el contrato de 17/11/2010, por importe de 20.945 euros, firmando la propuesta de pago;

(iii) Que ordenó el pago de la subvención a UMAX de 25/11/21009 y durante su mandato se concedió otra subvención de la Secretaría General Técnica a FAFFE en 2009, destinándose al pago de facturas;

(iv) Y que intermedió para la contratación de la mayor parte de los trabajadores que habían sido despedidos de UMAX por FAFFE no obstante saber la ilegalidad de tal forma de contratación.

Dado que el Secretario General Técnico de una Consejería tiene legalmente conferidas competencias en materia de contratación, personal y control del gasto, al margen de que esas competencias pueden limitarse a controles formales, es razonable suponer que precisamente por ese rol central que le corresponde pueda oponerse al dispendio de fondos públicos, adoptando las iniciativas en cada caso procedentes. Esa ha sido nuestra valoración de los hechos, en relación con el Sr. Maximo , que ejerció el cargo desde abril de 2004 a abril de 2008. En su caso, había múltiples indicios cuya valoración conjunta ha permitido afirmar que tuvo conocimiento del acuerdo verbal y de las contrataciones y nada hizo para evitar el dispendio de fondos públicos. Nos remitimos a lo argumentado en el fundamento jurídico 31.5 de esta sentencia y señalaremos algunos de estos indicios, los más relevantes: (i) Fue personalmente el ordenante de 14 de los contratos con UMAX, firmados durante el periodo 2003 a 2007; (ii) Intervino en la tramitación y propuesta de pago de las facturas derivadas de los contratos menores; (iii) Y los documentos referidos en la sentencia como acreditativos de la forma en que habían de redactarse los contratos que la sentencia califica de simulados (Informes del Sr. Jose Ignacio , de la Sra. Herminia , del Jefe del Servicio de Contratación y Convenios y la comunicación de 24/03/2008 relativa el contrato con UMAX DE 09/08/2006) se refieren en todos los casos a hechos ocurridos durante el mandato del Sr. Maximo .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Sin embargo, en el caso de la Sra. Adelina los indicios que refiere la sentencia para afirmar su conocimiento de los hechos son mucho más limitados que en el caso anterior:

(i) Ejerció el cargo de Secretaria General Técnico de la Consejería de Empleo abril de 2008 a abril a mayo de 2010. Sin embargo, durante ese periodo se dejaron de pagar las retribuciones pactadas con UMAX, razón por la que el Sr. Samuel formuló las reclamaciones que dieron lugar al inicio de las presentes actuaciones, por denuncia formulada por los Letrados de la Junta de Andalucía.

(ii) Ocupó el cargo de Tesorera de FAFFE pero la defensa ha acreditado que las funciones de tesorería estaban delegadas en la Dirección Financiera de la fundación.

(iii) Se dice que intervino en numerosas contrataciones, pero no hay prueba alguna de tal afirmación. Sólo intervino en un contrato abonado a UMAX, de fecha 17/11/2010, relativo a servicios informáticos autorizando el pago de una factura conformada por el Jefe de Servicio de Gestión, Autorización y Estadísticas de la Dirección General de Seguridad Social y Salud Laboral, por lo que, como señala la defensa, no cabe excluir que conforme a las competencias asignadas, su intervención se limitara a un simple control formal del documento.

(iv) La sentencia hace referencia a un contrato laboral celebrado durante su mandato relativo a Marisa (folios 1316-1317) en el que se indica que su objeto es "realizar labores de apoyo administrativo dentro de la asistencia que la fundación realiza para la Secretaría General Técnica", pero en dicho contrato no intervino la recurrente y es de fecha 15/07/2010, de fecha posterior a su cese en el cargo.

(v) En cuanto al hecho de que fuera ordenante de la subvención a UMAX de 25/11/2009, no cabe excluir, según ha expuesto la defensa, que su intervención se limitara a un mero control formal, realizado sin acceso a los expedientes físicos a través del sistema informático JUPITER, con firma conjunta del Jefe de Servicio de Tesorería y del Interventor Delegado, según consta documentalmente en autos. En todo caso el hecho de que firmara la orden de pago de la subvención no significa que conociera su destino ni tampoco que, a partir de ella, conociera los pormenores de la contratación de los trabajadores de UMAX.

(vi) Y en cuanto al intermediación que se le atribuye en la contratación por FAFFE la única referencia a esta cuestión que se hace en la sentencia de instancia es la declaración testifical de doña Matilde que dijo en el juicio que" "la propuesta de pasar a FAFFE los empleados de UMAX provenía de la Secretaría General Técnica". Sobre estas gestiones obra en autos unos correo electrónico de 25/05/2010 y fechas posteriores, remitidos por Manuel a la recurrente, en el que comunica a la recurrente el listado de personas que prestaban servicio en la Dirección General, pero esas comunicaciones son posteriores al cese en el cargo y se enmarcan en el proceso de integración de esos trabajadores en FAFFE, ordenada por el Viceconsejero de Empleo en fechas no precisadas, pero en todo caso a partir de abril de 2010, como consecuencia de una visita que le hizo el Sr. Samuel , reclamándole el pago de lo adeudado.

(vi) La sentencia se refiere también a las declaraciones de un buen número de testigos que cuyas manifestaciones más relevantes se transcriben con la finalidad de acreditar la realidad de las contrataciones, pero según dijimos con anterioridad sólo pueden tomarse en consideración las prestadas por Apolonia , Leticia , Emilia y Matilde , que fueron los únicos que comparecieron a juicio. Estos testimonios son suficientes para acreditar, junto con el resto de evidencias probatorias, la realidad de las contrataciones y la prestación de servicios en los órganos administrativos pero no que la Sra. Adelina tuviera cabal y completo conocimiento de la forma en que se habían instrumentado las contrataciones y los pactos sobre retribución alcanzado por los contratantes.

(vii) Por último, la sentencia señala como indicio en consideración a la testifical de Matilde que la secretaría general técnica era la responsable de proveer a los trabajadores de material de trabajo, mesas, ordenadores, sillas, clave informática etc., pero aun admitiendo esa función de la misma no puede desprenderse sin más que conociera los pormenores de la contratación de todo el personal, singularmente del personal externo.

Cuando se invoca la lesión del derecho a la presunción de inocencia este tribunal debe verificar si la prueba de cargo es suficiente para justificar un pronunciamiento de condena y el criterio a utilizar debe ser particularmente exigente. Según venimos diciendo en reiteradas sentencias (STS 34/2019, de 30 de enero, por todas) el canon de suficiencia consiste en que la valoración conjunta de la prueba permita alcanzar una certeza objeto sobre la realidad de los hechos y la participación del acusado.

No siempre es fácil determinar cuándo una prueba es suficiente y tampoco es sencillo establecer parámetros generales. En esa búsqueda este tribunal viene afirmando que la suficiencia se determina en muchas ocasiones por contraste entre las distintas hipótesis que se formulan ante el tribunal. Como hemos dicho ya en numerosas resoluciones, de la que es exponente la STS 319/2022, de 30 de marzo, "el problema se centra en el diálogo entre dos hipótesis, una acusatoria y otra defensiva, pero que no parten, ni mucho menos, de las mismas exigencias de acreditación. La primera, reclama un fundamento probatorio que arroje resultados que

en términos fenomenológicos resulten altísimamente concluyentes. La segunda hipótesis, la defensiva, no... Para que despliegue efectos el componente reactivo del derecho a la presunción de inocencia basta con que la hipótesis de no participación -la específica identificada por la defensa o la genérica de la que parte toda persona acusada por el simple hecho de serlo- goce de un umbral de atendibilidad suficiente para generar una duda epistémica razonable. Esto es, una duda basada en razones, justificada razonablemente y no arbitraria. Como nos enseña la mejor doctrina, la consistencia de la duda razonable no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos que fundan la condena. Como a la inversa, la contundencia de la hipótesis de condena tampoco se mide en sí sino según su capacidad para neutralizar la propuesta absolutoria -vid. STS 229/2021, de 11 de marzo-."

En este caso la mayor parte de los indicios a que alude la sentencia han sido neutralizados y los restantes no permiten afirmar con la necesaria solidez la comisión del delito de malversación de caudales públicos. Coincidimos con la defensa que los indicios que se han aportado para acreditar que la recurrente era conocedora del contenido de un contrato verbal celebrado cinco años antes de su acceso al cargo de Secretaria General Técnico y que permitió el dispendio de los fondos públicos son muy débiles y no permiten afirmar con la necesaria solidez la conclusión fáctica de la sentencia.

La Sra. Adelina intervino al final del proceso. En el periodo en que ejerció su cargo se dejaron de pagar en gran medida las retribuciones pactadas y no consta que tuviera una intervención continuada en el otorgamiento de contratos simulados o en el pago de las facturas generadas para el pago de las retribuciones pactadas con UMAX.

Según lo que se describe en la sentencia su relación con los hechos aquí enjuiciados fue episódica, limitada a actos puntuales respecto de los que la defensa, según acabamos de exponer, ha aportado explicaciones, no contradichas en la sentencia, que permiten sostener de forma altamente probable el desconocimiento de la ilegalidad de la contratación y, por tanto, el desconocimiento de que se estaban dilapidando los fondos públicos.

En consecuencia, estimamos que la prueba de cargo aportada para acreditar la participación de la recurrente en el delito de malversación de caudales públicos es insuficiente y procede la libre absolución de la Sra. Adelina de este delito y de todos los delitos por los que ha sido condenada, lo que nos exime de dar respuesta a los restantes motivos del recurso.

44. Individualización de las nuevas penas resultantes del pronunciamiento de esta sentencia

(i) Procede mantener los pronunciamientos de condena respecto de Roman y de Samuel , pero condenándoles exclusivamente a cada uno de ellos al pago de 16,44% de las costas procesales.

(ii) Don Nicolas , debe ser condenado como autor responsable de los delitos continuados de falsedad documental y malversación de caudales públicos, en concurso ideal, tipificados en los artículos 432.1, 390.1.4 y 74 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

Tratándose de dos delitos en concurso ideal y conforme a lo previsto en el artículo 74 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos, procede imponer la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior. En este caso el delito más grave es el de malversación de caudales públicos que por consecuencia de la continuidad delictiva tiene asignada una pena de 4 años y 6 meses a 6 años de prisión e inhabilitación absoluta de 8 a 10 años. A partir de esta franja debe aplicarse la mitad superior en su límite mínimo por consecuencia del concurso ideal con el delito de falsedad y al no concurrir circunstancias que justifiquen la imposición de una pena superior por lo que procede imponer la pena de CINCO AÑOS y TRES MESES de prisión y NUEVE AÑOS de Inhabilitación absoluta, con condena al abono del 11,11 % de las costas procesales. Por lo tanto, la absolución por el delito de prevaricación no conlleva modificación alguna de las penas impuestas en la sentencia de instancia.

(iii) En cuanto a don Maximo , cuya condena se limita a un delito continuado de malversación de caudales públicos que tiene asignada una pena de 3 a 6 años de prisión y de 6 a 10 años de inhabilitación absoluta, por consecuencia de la continuidad delictiva deben imponerse las penas en su mitad superior y, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, procede imponer el mínimo de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de prisión y OCHO AÑOS de inhabilitación absoluta, con condena al abono del 5,55 % de las costas procesales.

(iv) Las restantes costas procesales son declaradas de oficio.

45. Costas procesales

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

De conformidad con el artículo 901 de la LECrim procede condenar al pago de las costas procesales de sus respectivos recursos a los recurrentes cuyas pretensiones han sido desestimadas total o parcialmente y procede declarar de oficio las costas procesales causadas por los recursos estimados total o parcialmente.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. **ESTIMAR totalmente** los recursos interpuestos por Manuel y por Adelina , **estimar parcialmente l**os recursos interpuestos por Nicolas y por Maximo y **desestimar íntegramente** los recursos interpuestos por Roman y Samuel contra la sentencia número 269/2019, de 30 de mayo de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, anulando y casando dicha sentencia, que será sustituida por otra más conforme a derecho.

2. DECLARAR de oficio las costas procesales de los recursos que han sido estimados total o parcialmente y condenar a los recurrentes cuyas pretensiones han sido totalmente desestimadas al pago de las costas procesales causadas por sus respectivos recursos.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no se podrá interponer recurso alguno e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet Susana Polo García

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 5591/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 14 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 5591/2019, seguida contra la sentencia Nº 269/2019, de 30 de mayo de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en su rollo PA 11692/2017, por delitos de prevaricación, contra Samuel , Roman , Nicolas , Adelina , Maximo y Manuel . La citada sentencia ha sido recurrida en casación por los acusados, y ha sido casada y anulada parcialmente por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. - Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y Hechos Probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

ÚNICO. - De conformidad con lo argumentado en la sentencia de casación, procede confirmar íntegramente la condena de don Roman y de don Samuel . Procede la libre absolución de don Manuel y de doña Adelina y, por último, procede modificar las condenas impuestas a don Nicolas y don Maximo conforme a lo señalado en el fundamento jurídico 44º de la sentencia de casación.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

PRIMERO.- Se mantienen las condenas penal impuestas a Roman y Samuel condenándole al abono del 16,44 % de las costas procesales causadas en la primera instancia.

SEGUNDO.- Condenamos a Nicolas como autor responsable de sendos delitos continuados de malversación de caudales públicos y falsedad documental, en concurso ideal y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CINCO AÑOS y TRES MESES de prisión, a la pena de NUEVE AÑOS de inhabilitación absoluta para empleo o cargo público y a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le condena igualmente al abono del 11,11% de las costas procesales de primera instancia.

TERCERO.- Condenamos a Maximo como autor responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de CUATRO AÑOS y SEIS MESES de prisión, a la pena de OCHO AÑOS de inhabilitación absoluta para el ejercicio de empleo o cargo público y a la pena inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se le condena igualmente al abono del 5,55 % de las costas procesales de primera instancia.

CUARTO.- Absolvemos libremente de los delitos por los que han sido acusados a Manuel y Adelina .

QUINTO.- Se declaran de oficio las restantes costas procesales causadas en la primera instancia.

SEXTO.- Se defiere a ejecución de sentencia la determinación de la indemnización de daños y perjuicios que corresponde a cada uno de los condenados, que deberá realizarse mediante un incidente contradictorio y en función del periodo de tiempo en que cada uno intervino en la comisión del delito de malversación de caudales públicos, con el límite de las cantidades impuestas en la sentencia recurrida.

SÉPTIMO.- Se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no se podrá interponer recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet Susana Polo García

Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ