



Roj: **STS 5977/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5977**

Id Cendoj: **28079120012024101089**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/11/2024**

Nº de Recurso: **2938/2022**

Nº de Resolución: **1103/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1/2022,**
STS 5977/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.103/2024

Fecha de sentencia: 29/11/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2938/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 09/10/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2938/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1103/2024

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 29 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº **2938/2022**, interpuesto por **Modesto**, representado por la procuradora D^a. Mercedes Blanco Fernández, bajo la dirección letrada de D. Jorge Aguilera González; **Calixto**, representado por la procuradora D^a. Isabel María Mira Sosa, bajo la dirección letrada de D^a. Inmaculada Torres Moreno; **Roque**, representado por la procuradora D^a. Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Ayala Gómez, y D. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles; **Celestino**, representado por el procurador D. Manuel Pérez Espina, bajo la dirección letrada de D. Alfonso Martínez del Hoyo; **Patricia**, representada por la procuradora D^a. María Dolores González Company, bajo la dirección letrada de D. Javier Manuel Gimeno Puche; **Ovidio**, representado por la procuradora D^a. Begoña Rotllan Casal, bajo la dirección letrada de D^a. Ángela María Nieto Melendez; Inocencio, representado por el procurador D. **Jesús María** Frutos Arenas, bajo la dirección letrada de D. Anselmo **Barrero Raya**; y en calidad de responsables civiles subsidiarios: **DCOOP (absorbente de ACYCO)**, representada por la procuradora D^a. Elisa Sillero Fernández, bajo la dirección letrada de D. Carlos Aguilar Fernández; y **GARRIGUES ABOGADOS**, representado por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, bajo la dirección letrada de D. Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, contra la sentencia nº 5/2022, de fecha 12 de enero de 2022, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 11185/2017. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: **PARTIDO POPULAR DE ANDALUCÍA**, representado por el procurador D. **Manuel Sánchez- Puelles González-Carvajal**, bajo la dirección letrada de D^a. Leticia Mendez Cidoncha; y la **LETRADA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**, en la representación y defensa que legalmente ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla instruyó Procedimiento Abreviado nº 212/2016, contra Patricia, Inocencio, Dionisio, Celestino, Roque, Elias, Ezequiel, Ovidio, Modesto, Sergio, Calixto, y Tomás, en calidad de acusados; y contra DCCOP (Absorbente de ACYCO), y Garrigues Abogados, en calidad de responsables civiles subsidiarios, por delitos de malversación, prevaricación, tráfico de influencias y falsedad y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 11185/2017, dictó sentencia nº 5/2022, de fecha 12 de enero de 2022, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<PRIMERO.- La empresa ACYCO SAL (en lo sucesivo Acyco) fue constituida en 1994 como sociedad anónima laboral, por extinción de la también sociedad anónima laboral "Villamarín".

En el año 2.003, Patricia, presidenta del consejo de administración de Acyco decidió iniciar un expediente de regulación de empleo junto con Inocencio, socio, apoderado, director de recursos humanos y abogado de la citada empresa, quien se iba a encargar del control y supervisión de dicho expediente.

El día 3 de julio de 2003 se presentó ante la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo en Sevilla la solicitud de expediente de regulación de empleo por causas productivas y organizativas, para la extinción de la relación laboral de 35 trabajadores, actuando en nombre de Acyco Inocencio, que contó con el asesoramiento del despacho de abogados J&A Garrigues S.L.P (en adelante Garrigues), por cuenta del cual intervino el acusado Roque, que previamente había ofrecido sus servicios profesionales asegurando a los anteriormente nombrados que la Junta de Andalucía se haría cargo de todos los gastos que conllevaba la tramitación de ERE, y de la indemnización a los trabajadores mediante el pago del 100% de la póliza colectiva de supervivencia e incluso los honorarios de dicho despacho profesional y de la empresa Deloitte & Touche encargada de realizar el estudio de viabilidad necesario para la conseguir la autorización del citado expediente por el Delegado Provincial de Empleo.

La solicitud de expediente de regulación de empleo iba acompañada del acta del acuerdo de fecha 2 de julio de 2003 entre los trabajadores y la empresa Acyco, en cuya representación intervino Inocencio.

En dicha acta se decía que el período negociador había comenzado el 27 de marzo de 2003, que la extinción de los contratos de trabajo se llevaría a cabo en el período comprendido entre la autorización administrativa del ERE. y el cumplimiento de la edad de 52 años de los afectados; que la compensación para los afectados por la extinción de sus contratos de trabajo consistiría en un Plan de Prejubilaciones y, para el aseguramiento de las rentas, se establecía que los trabajadores incluidos en el Acuerdo constituirían una asociación compuesta por los afectados por el plan de prejubilaciones la cual suscribiría, como tomadora, un seguro de renta vitalicia con una entidad financiera de reconocido prestigio, resultando los trabajadores asegurados y beneficiarios del seguro con unas ventajas económicas absolutamente desproporcionadas en relación con lo que legalmente



les correspondía como indemnización por despido (90 % del sueldo hasta la jubilación más subsidio de empleo, más 2% de subida salarial anual, 90% sueldo tras la jubilación más posibilidad de trabajar en otra actividad que no supusiera competencia *real* en el mercado para Acyco, entre otros beneficios). Condiciones, previamente, consensuadas por Patricia , Inocencio y Roque con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

Dichas ventajas se reflejaron, en su mayor parte, en el condicionado de un Plan colectivo de Prejubilaciones, a través de la concertación de un seguro colectivo de rentas de los que los trabajadores serían beneficiarios, siendo el acusado Ovidio , el encargado de entrevistarse con los afectados, a fin de recabar los datos necesarios para la realización de los estudios actuariales basados en el antedicho acuerdo, así como los datos laborales y personales de cada trabajador, la secuencia de pagos y el coste total de la prima de la póliza que habría de suscribirse, haciendo llegar toda esta información al departamento de planes de Barcelona de Vitalia S.A., empresa para la que trabajaba como consultor responsable en Andalucía y Extremadura, y que fue escogida para la póliza de Acyco por los acusados Dionisio y Roque , todo ello de común acuerdo con el acusado Modesto , superior jerárquico de Ovidio en Vitalia, pues era la mediadora con la que solían trabajar en relación con las subvenciones socio-laborales en las que participaron, aunque como tal mediadora aparecía en la póliza suscrita otra sociedad del mismo grupo empresarial (Holding Europeo Tindex). La elección de Vitalia como mediadora se produjo sin concurso previo con otras empresas del sector, debido a la relación de confianza existente entre los citados acusados que posibilitaba su ilícito y lucrativo actuar. En esa época, el 100% de las pólizas concertadas por Vitalia-Sevilla provenían de la Dirección General de Trabajo.

A la solicitud del ERE., también se acompañaba el listado de los 35 trabajadores afectados por el expediente, entre los que se encontraba Patricia , y el Informe Técnico y Plan de Viabilidad efectuado por la firma "Deloitte & Touche", fechado en el mes de junio de 2003.

El 23 de julio de 2003, el Delegado Provincial en Sevilla de la Consejería de Empleo, dicta resolución por la que autoriza a Acyco a la extinción de 35 contratos laborales "de los 161 trabajadores que componen la plantilla de la empresa" por causas productivas y organizativas

A fin de obtener el respaldo económico de la Junta de Andalucía para sufragar el coste de estas prejubilaciones, la acusada Patricia en nombre de Acyco, mantuvo contactos y reuniones junto con Inocencio y Roque con el entonces Director General de Trabajo y Seguridad Social, el acusado Dionisio , ya fallecido, obteniendo de éste la suscripción de un documento de fecha 8 de mayo de 2003 que reflejaba el compromiso adquirido, que textualmente decía: "Tras las reuniones mantenidas con representantes de ACYCO, S.A.L. Así como los compromisos adquiridos como apoyo al relanzamiento de la actividad y a la vista de la viabilidad de futuro que de acuerdo con el Plan redactado que tiene la misma, esta Dirección General de Trabajo y Seguridad Social apoyará el mismo mediante la concesión de ayudas sociales a los trabajadores excedentes de la readaptación de plantilla, mayores de 52 años (sic).

Una vez confeccionado el Cálculo actuarial del coste de dichos trabajadores, nos reuniremos la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, el Comité de Empresa y la Dirección de la misma para acordar y formalizar las condiciones que se pacten".

Como consecuencia de este compromiso, la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, representada por Dionisio y Acyco, representada por Patricia , tras la autorización administrativa del ERE., suscribieron el Protocolo de Colaboración de fecha 26 de julio de 2003 para la concesión de ayudas a la prejubilación de los trabajadores, que en cuanto a las condiciones, beneficiarios, costes, etc..., se remitía al Anexo constituido por el estudio actuarial de fecha 31-07-2003 realizado por Vitalia S.A.

En virtud de la suscripción de este Protocolo (y del Anexo al que el Protocolo se remite), la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo se comprometía a sufragar el coste de una póliza, con fecha de inicio el 1- 08-03, cuyo importe de la prima al contado ascendía a un total de 2.832.482,52 € y coste aplazado de 2.951.413,84 €, siendo los beneficiarios 36 personas, entre los que no aparecía Patricia , pero sí dos personas que nunca habían pertenecido a Acyco, Eusebio , ya fallecido, y el acusado Ezequiel , también fallecido, siendo la causa de su inclusión exclusivamente las relaciones personales de éstos con Dionisio , quien dio la orden para que resultaran beneficiarios de la póliza de seguro colectivo a suscribir.

La ilegal inclusión de estas dos personas, era conocida por los acusados Modesto , presente en la firma del Protocolo y Ovidio , personas de contacto de Vitalia ante la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, siendo el segundo quien, por indicación de Modesto , se encargó de la gestión de tal inclusión, facilitando los datos de ambos, enviándolos al departamento de planes de Vitalia en Barcelona para que se calculara su coste dentro de los estudios actuariales realizados para la póliza de Acyco; datos que por corresponder a dos personas que no trabajaban en Acyco eran distintos a la de los citados prejubilados. Inocencio , presente en la firma del Protocolo, Patricia , firmante del Protocolo de Colaboración y del Anexo adjunto y Roque , que dio las instrucciones para que fuera remitida a Vitalia una copia del Protocolo y del Anexo en el que se incluía a estas



dos personas, conocían, igualmente, que el coste de las rentas de estas dos personas iba a ser satisfecho con fondos públicos de la Junta de Andalucía bajo la apariencia de haber pertenecido a la empresa Acyco.

El total de ayudas comprometidas en virtud de este Protocolo de Colaboración no resultaba cuantificada en su texto, remitiéndose al anexo adjunto en el que se señalaba como coste al contado de la prima de la póliza a contratar 2.832.482,52 euros, y 2.951.413,84 euros, coste aplazado. El coste para la Junta de Andalucía de la póliza del Sr. Eusebio asciende a 104.885,01 euros, habiendo percibido el mismo un total de 109.572,19 euros, y el de la póliza del Sr. Ezequiel a 120.201,83 euros, del que obtuvo como consecuencia de la póliza firmada y a sabiendas de que no tenía derecho a ello, un total de 113.480,72 euros.

En cumplimiento del compromiso adquirido por el D.G.T. y S.S. para el pago de las jubilaciones, se formalizó la póliza de renta colectiva núm. NUM000 con la compañía Personal Life (en lo sucesivo póliza NUM000). Esta póliza y el Anexo I que la desarrolla, tiene efectos de fecha 1 de agosto de 2003, era financiada íntegramente por la Junta Andalucía a pesar de que consta como tomador del seguro la "Asociación 3 de Julio". En esta póliza se incluyó, finalmente, a 35 beneficiarios, entre los que se encuentra Patricia, quien no figuraba en anexo al Protocolo de Colaboración.

Personal Life era una mutualidad de previsión social y fue designada para la suscripción de la póliza colectiva por indicación de Modesto, aunque dicha entidad carecía de la preceptiva autorización administrativa para operar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y algunas de las prestaciones garantizadas excedían los límites máximos legalmente admisibles para mutualidades de previsión social y la póliza se suscribió con la intervención de la entidad Vitalia, S.A., que realizaba de manera irregular actividades de mediación en seguros privados al no disponer de autorización para operar como correduría de seguros.

La tomadora de esta póliza fue formalmente la "Asociación 3 de Julio", que se constituyó a instancias de Dionisio y Roque por los trabajadores afectados, siendo su presidente Juan Pablo. Su existencia obedecía a la finalidad de que no figurara Acyco como tomadora pues así se la liberaba de eventuales reclamaciones de los trabajadores acogidos al ERE. por posibles impagos de las que eran beneficiarios.

Con fecha 5 de agosto de 2003, vinculada a esta misma póliza número NUM000, se firma un segundo Anexo, siendo ahora el importe de la póliza financiada de 3.270.309,19 euros, en el que se recoge el siguiente texto: "ESTE ANEXO SUSTITUYE Y DEJA SIN EFECTO A CUALQUIER OTRO ANEXO CON MISMO N.º DE PÓLIZA, EMITIDO CON FECHA ANTERIOR". En este Anexo se incluyen a 37 beneficiarios entre los que se encuentra ya Patricia, quien no figuraba en el Protocolo de Colaboración, y se mantiene la inclusión de Eusebio, y del acusado Ezequiel, ambos fallecidos. Dichos anexos fueron elaborados por Vitalia S.A. con los datos aportados por Ovidio, con el conocimiento de Modesto, actuando el primero como consultor-negociador respecto de las dos personas incluidas por Dionisio sin relación laboral con Acyco.

Este Anexo, que sustituyó al anterior, tampoco fue el que se aplicó en realidad, siendo, finalmente, el importe de la póliza NUM000 de 3.137.571,13 €, según consta en el anexo de condiciones particulares al reglamento general de prestaciones firmado por el representante de Personal Life con los representantes de la "Asociación 3 de julio" el 5 de agosto de 2003.

Del mismo modo, con fecha 1 de agosto de 2003 se suscribe con la entidad PERSONAL LIFE, M.P.S. la póliza n.º NUM001 (en lo sucesivo póliza número NUM001), con un coste de 225.086,84 euros al contado y de 234.537,87 euros a plazos, en la que son sus beneficiarios las dos personas que nunca habían tenido relación laboral con Acyco, el acusado Ezequiel y Eusebio, figurando como tomador del seguro Vitalia S.A., aunque el pago de la prima iba a ser satisfecho a cargo de la Consejería de Empleo y vinculado a la ayuda a Acyco. Dicho coste se mantuvo en el Anexo de la póliza n.º NUM000 de fecha 5 de agosto de 2003, si bien, al firmarse dos pólizas, y ser la prima de la n.º NUM000 por 3.137.571,13 € correspondiente a 35 asegurados, y la n.º NUM001 por 225.086,84 euros por los dos intrusos, se incrementó el compromiso adquirido por la DGT.

Las pólizas fueron aceptadas y asumidas por el Director General de Empleo y Seguridad Social, Dionisio, con consentimiento y autorización de Celestino que es esa fecha ostentaba el cargo de Viceconsejero de Empleo y Presidente del Consejo Rector del IFA que, a la postre, iba a ser la encargada del pago de la póliza, y que sabían que dicho pago se realizaría sin fiscalización del gasto por parte de los interventores de la Consejería. El pago de las citadas pólizas se autorizó por el DGT y SS sin que existiera previa solicitud formal de la ayuda por parte de Acyco ni se dictara resolución alguna que justificara la subvención que se otorgaba a Acyco y a los dos "intrusos", evidenciando la connivencia existente entre los acusados para obtener un beneficio económico a costa del erario público, asumiéndose por la DGT y SS unos compromisos que correspondían a la empresa beneficiada, y unos gastos de adquisición (comisiones a la mediadora) que no tenía por qué haber asumido, además de ser superiores a la media del sector asegurador de vida, que para el seguro de vida era del 4,42% en el ejercicio 2003, y en este caso, los mismos ascendían al 15,24%, lo cual supuso un sobrecoste aproximado



del 10,82%, 339.485€ por encima de la media del sector del que se beneficiaba Vitalia, e indirectamente los acusados Srs. Modesto y Ovidio por su intervención.

El 10 de febrero de 2004 se firma por el Director General de Trabajo, Dionisio , y el Director General de IFA, Nazario , ya fallecido, un Convenio de Colaboración para articular el pago de la ayuda a Acyco, en el que se expresa que, el Director General de Trabajo encomienda al IFA la materialización singular de las ayudas que corresponden a la relación de extrabajadores que se acompaña como Anexo I, con el calendario que figura en dicho Anexo, siendo destinataria de los pagos la entidad aseguradora Personal Life, transfiriendo la Dirección General al IFA las cantidades desembolsadas como consecuencia del cumplimiento de la encomienda recibida con cargo a la partida presupuestaria NUM013 , mencionándose expresamente en este convenio que la documentación acreditativa de dichas operaciones obraba en poder de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

El Anexo I que se adjunta a este Convenio de Colaboración y al que este se remite, coincide con el unido al Protocolo de Colaboración de fecha 26 de julio de 2003, pero no con las condiciones de las pólizas suscritas. Contiene un listado de 36 trabajadores, en el que se incluían a las dos personas que no pertenecían a Acyco, Ezequiel y Eusebio , y no se mencionaba a Patricia . El coste de la prima al contado, según dicho anexo, es de 2.832.482,52 € y el coste aplazado es de 2.951.413,84 €, se fijan tres plazos de pagos para los meses de agosto y diciembre de 2003, por tanto, de fecha anterior al propio Convenio, y diciembre de 2.004, por importe, respectivamente, de 204.344'12, 1.373.534'86 y 1.373.534'86 euros.

Ni las cantidades, ni el calendario de pago se cumplieron pues Dionisio fue ordenando al director de finanzas de IFA-IDEA, sin ceñirse a plazos, el pago de las siguientes cantidades en distintas fechas:

26/04/2004 150.000 euros

03/06/2004 500.000 euros

07/07/2004 256.400 euros

07/07/ 2004 .. 243.600 euros

16/12/2004 300.000 euros

25/05/2005 ..500.000 euros

03/10/2005 200.000 euros

03/11/2005 300.000 euros

09/01/2006 100.000 euros

24/02/2006 100.000 euros

17/03/2006 301.413,84 euros

Total 2.951.413,84 euros

Quedando pendiente de pago 644.197,82 euros, de los que 358.151,22 euros correspondían a cuotas impagadas y 286,046,60 euros de intereses; cantidades a las que hizo frente el Consorcio de Compensación de Seguros al entrar en liquidación Fortia Vida que sustituyó a Personal Life, al igual que de otras deudas de la Consejería de Empleo con dicha aseguradora por una suma total de 4.463.044,80 euros, por impago de pólizas de jubilaciones similares, habiendo abonado IDEA el 20 de diciembre de 2010, en cumplimiento de la resolución del Director General de Trabajo, Tomás , de fecha 17 de diciembre de 2010, 1.115.761.20 euros correspondientes al primer plazo acordado con el Consorcio de Compensación de Seguros.

Ni en el Protocolo de Colaboración, celebrado entre la DGT y SS y Acyco de fecha 26 de julio de 2003, ni en el Convenio de Colaboración de 10 de febrero de 2004, suscrito por el Director General de Trabajo, Dionisio , y el Director General del IFA, se indicaba la suma a subvencionar, ni se consignaba el plazo de ejecución de la actividad que se subvencionaba, no indicaban el porcentaje que representa la ayuda respecto del total de dicha actividad, ni la forma, la secuencia de pago o los requisitos exigidos para su abono; no contenía el plazo y la forma en la que Acyco debía justificar el cumplimiento de la finalidad para la que se concedía la ayuda, ni hubo control alguno por parte de la Dirección General de Trabajo de tal cumplimiento.

Los citados acusados, salvo el Sr. Tomás cuya intervención es muy posterior, eran concededores de que se en la concesión de la ayuda se había prescindido del procedimiento legalmente establecido, pues no se había presentado por la empresa Acyco ni por ninguna otra persona solicitud formal alguna para recibir la ayuda, no se había presentado por la empresa ninguna declaración de ser beneficiario de otras subvenciones o ayudas con el mismo fin, no se realizó por la DGT informe o memoria acreditativa de la finalidad pública o razones de



interés social o económico. Es más, se obvió totalmente la posibilidad de acogerse a las ayudas establecidas en el marco normativo vigente a la fecha de la concesión de la ayuda a Acyco. Además, no consta el preceptivo informe del gabinete jurídico y, a pesar de la cuantía final de la ayuda, no había autorización de la subvención por parte del Consejo de Gobierno ni se había pasado a la aprobación previa del Consejo Rector del IFA, que después pasó a ser la agencia IDEA. Tampoco consta que se hubiera realizado por Acyco la declaración expresa de no haber recaído sobre la empresa resolución administrativa o judicial firme de reintegro, ni acreditación de estar al corriente de sus obligaciones fiscales. Igualmente, no se aportó justificante de carecer la empresa de capacidad económica para hacer frente a sus obligaciones propias con los trabajadores y no hay resolución escrita de concesión de la ayuda pública y, finalmente, todos eran concededores que ni desde la Dirección General de Trabajo ni desde la agencia IDEA se iba a hacer seguimiento alguno del cumplimiento del plan de inversiones y de futuro al que se hacía mención en el protocolo fechado el 26 de julio pero firmado entre la empresa y la DGT en el mes de octubre de 2003 y la compañía aseguradora Personal Life, indicada por Modesto, fue aceptada sin previo concurso entre empresas del sector seguros, no obstante carecer de autorización para intervenir fuera de la Comunidad Catalana.

Dionisio, con el conocimiento y el consentimiento del Viceconsejero de Empleo, Celestino, evitó que se publicara la ayuda otorgada a Acyco en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, no incluyó esta subvención en la Base de Datos de Subvenciones existente al efecto en la Junta de Andalucía y tampoco ordenó que se anotase en el sistema contable de la Junta de Andalucía, denominado "Júpiter"

Tanto el Protocolo de Colaboración entre la DGT y Acyco como el Convenio entre la DGT y el IFA, se basaron en los estudios actuariales efectuados por Vitalia para la formalización de las pólizas que incluían a los dos "intrusos", no apareciendo entre los trabajadores en dichos anexos Patricia, que fue incluida en la póliza NUM000 con posterioridad a la fecha de su suscripción, sin justificación.

SEGUNDO.- Como quiera que el primer plazo de la prima de la póliza era de fecha anterior al del citado Convenio de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y el IFA, Modesto, a través de Ovidio, hizo saber a Patricia y a Inocencio, que para poder iniciar las coberturas a los extrabajadores debía abonarse un primer pago de 210.00 euros.

Mediante carta de fecha 20 de febrero de 2004, a la que adjuntaba una factura de la Asociación 3 de julio, la acusada Patricia se dirigió al entonces Director General de Trabajo, Dionisio, reclamándole el importe del primer plazo de la prima de la póliza, aduciendo que siete socios de Acyco, entre los que se encontraban los encausados Patricia y Inocencio, lo habían adelantado, sin aportar documentación alguna acreditativa de tal anticipo, ni que hubiera compromiso alguno de restitución por parte de la Junta.

Esta petición fue reiterada en un escrito de fecha 5 de julio de 2004 que el acusado Roque dirigió al Director General de Trabajo, Dionisio, al que igualmente acompañaba la citada factura que le había remitido Inocencio, con la misma pretensión de que la Junta hiciera efectiva tal cantidad, proponiéndole Roque diversas posibilidades para hacer frente a esta reclamación, entre ellas, el pago de dicha factura que se correspondía con prestación de servicio alguno y en la que se incluía el IVA que no respondía a actividad alguna que lo devengara.

Esta factura que figura con el número NUM011 de la "Asociación 3 de julio", por importe de 210.000 €, más 33.600€ que suponía el 16% que se decía destinado al pago del IVA, aparece emitida por el concepto "AYUDAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA ASOCIACIÓN", fue girada a la Junta de Andalucía sin que hubiera existido ninguna promoción que la justificase, y el importe que se dice adelantado no había sido satisfecho por la "Asociación 3 de Julio", ni la factura fue elaborada por la misma.

Actuando de común acuerdo los acusados Patricia, Inocencio y Roque lograron captar la voluntad de Dionisio para que éste ordenara al IFA el abono de dicha factura.

Dionisio, ante la petición que se le formulaba, decidió conceder una ayuda mediante la suscripción de una Adenda al Convenio inicial con el IFA, que tiene por fecha el 8 de julio de 2004, manuscrita por el propio DGT y SS, en la que se hacía constar falsamente, que la "Asociación 3 de julio" al objeto de iniciar los pagos de la póliza anticiparon a la póliza con derecho a reversión la cantidad de 210.000 € mediante préstamo bancario...". La Adenda fue devuelta a la Dirección General de Trabajo el día 21 de julio de 2004, ya firmada por el acusado Sergio, director general del IFA y aunque en la Adenda se fijaba como cantidad a devolver 210.000 euros, Dionisio se dirigió al director de finanzas del IFA, mediante escrito fechado el 8 de julio de 2004 indicándole que con ocasión de una orden de pago de 500.000 euros para la póliza de Acyco, destinase 210.00 más el IVA (243.600 euros) a la cuenta corriente de la Asociación 3 de julio; orden que fue ejecutada por el importe de la mendaz factura que suponía un sobrepago de 33.600 euros. Exceso de abono que no consta que tuviera conocimiento el citado director del IFA.



Abonada la cantidad en la cuenta de la Asociación 3 de julio el día 22 de julio de 2004, Inocencio contactó con su presidente, Juan Pablo, que era ajeno a ésta reclamación y factura, para que le reintegrara la suma transferida por el IFA, a lo que, éste, sólo accedió a entregarle 210.000 euros, quedando los 33.600 euros retenidos en la cuenta de la Asociación, que fueron ingresados en la Hacienda Pública en fecha 28 de enero de 2005, ante la exigencia y pertinaz insistencia de Juan Pablo de que con ese dinero se debía liquidar el IVA.

En definitiva, ni Acyco ni sus socios mayoritarios pagaron cantidad alguna de las indemnizaciones pactadas a favor de los trabajadores acogidos al ERE. y que habían sido asumidas por la empresa.

TERCERO.- En el mes de enero de 2007 Modesto solicitó a Dionisio la ampliación de la póliza respecto de las cantidades a percibir por tres asegurados, remitiéndole, éste, una carta de fecha 26 de enero de 2007 a la compañía Personal Life, mostrando su conformidad con dicha ampliación para tres extrabajadores de Acyco, entre los cuales estaba Patricia. A tal fin se suscribió la póliza NUM002, en lo sucesivo póliza nº NUM002, con fecha de efectos 19 de marzo de 2007, figurando como tomadora la "Asociación 3 de Julio", por un importe total de prima de 42.030,01 euros, figurando como mediadora "Holding Europeo Tindex" S.L, que también había sido la mediadora en la póliza nº NUM000 inicial.

Para hacer efectivo el pago, Dionisio, sin dictar resolución alguna, ni tramitar expediente que justificara su decisión, dirigió escrito fechado el 7 de abril de 2008 a Vitalia Vida para que, de la cantidad que iban a recibir de Vitalicio Seguros por importe de 1.700.000 euros, se transfiriera a Fortia Vida, sucesora de Personal Life, la cantidad de 24.542,21 euros para el suplemento de esta póliza de Acyco.

El motivo de la inclusión en este suplemento de Patricia fue su baja en la percepción del subsidio de desempleo por agotamiento de la prestación, lo que se compensaba con esta nueva póliza. El coste de la prima al contado por su inclusión fue de 10.937,35 €, precio aplazado 11.009,13 €.

CUARTO.- Patricia fue incluida en el ERE extintivo de Acyco del año 2003 y percibió las prestaciones relativas a su prejubilación por ser asegurada y beneficiaria de las pólizas NUM000 y NUM002, que supuso una ampliación de las prestaciones de la primera respecto de ella, obteniendo así un total de 276.505,92 € brutos.

Pese a estar incluida en el ERE, permaneció como presidenta del consejo de administración de Acyco hasta la junta celebrada el 18/03/2011, en la que se aceptó su dimisión, percibiendo hasta ese momento dietas por asistencia a las sesiones de los consejos de 36.000 € en el año 2004, 24.000 € en el año 2005, 48.000 € en el año 2006, 36.000 € en el año 2007, 24.000 € en el año 2008, 51.460 € en el año 2009 y 98.995 € en el año 2010, lo que supone unos ingresos totales por ese concepto de 318.455€, muy superiores de lo que percibía de Acyco antes del ERE.; ingresos que compatibilizó con las percepciones recibidas (276.505,92€), como beneficiaria de las pólizas NUM000 y NUM002, lo que supuso unos ingresos totales en el período de tiempo comprendido entre los años 2004-2010, de 594.960,92€.

Además, percibió prestación contributiva, subsidio de desempleo, desde el 19/08/2003 hasta el 18/08/2005, en que causó baja por agotamiento de la prestación, con cuantías líquidas de 3.817,95 €, 10.729€ y 7.527,80, en los años 2003 2004 y 2005 respectivamente.

Posteriormente, el 2/06/2011 DEOLEO compró a Patricia las 3.386 acciones de Acyco de las que era propietaria por 101.749 €.

Esta situación de continuidad en la prestación de trabajo para Acyco, y la obtención de los beneficios que le supuso su inclusión en las pólizas por prejubilación, compatibilizándolos con las dietas y subsidio por desempleo, fue un hecho conocido, entre otros, por los acusados Inocencio, Roque, Celestino, Dionisio y Modesto.

QUINTO.- Por la intervención del despacho de abogados Garrigues, en cuyo nombre había intervenido el acusado Roque, formalizando el ERE para la extinción de la relación laboral de los 35 trabajadores de Acyco y consiguiendo el pago de las primas del seguro de rentas de supervivencia antes señaladas a cargo del erario público, así como el abono de los demás gastos que ello implicaba, además de actuar como intermediario con Vitalia S.A., giró una minuta por importe de 109.620 euros (nº factura NUM003), a cuyo pago se había comprometido el Director General de Trabajo y Seguridad Social, Dionisio, debido a las buenas relaciones que mantenía con la firma Garrigues. Abono que, en principio, se iba a realizar mediante la fijación de un mayor valor de la prima del seguro concertado por Acyco o con la firma de una nueva póliza para tal fin a cargo de fondos públicos, estando de acuerdo Hermenegildo, por Vitalia, y Patricia y Inocencio, por Acyco, que se realizara de esa forma, sin que se llegara, posteriormente, a materializar el pago por falta de presupuesto, aunque se hicieron intentos de sufragarlo por dicho Director General, mediante la utilización del sistema de pago cruzado que no fue aceptado por los superiores de Vitalia, a pesar de pretenderlo a través de Hermenegildo.



Dionisio fue sustituido en el cargo de Director General de Trabajo por el acusado Calixto, quien estuvo desempeñándolo entre el 29 de abril de 2008 y el 6 de abril de 2010, ante quien Roque presentó una lista de facturas históricas reclamadas por su despacho, entre las que se hallaba la de Acyco.

Ante el impago de la minuta, el día 28 de octubre de 2008 J&A Garrigues SLP presentó demanda civil contra Acyco, interesando que se la condenara a pagar la cantidad de 109.620 euros, como contraprestación por los servicios profesionales prestados y al pago de 45.153,25 euros en concepto de intereses moratorios, dando lugar al juicio ordinario nº 742/2008 del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Dos Hermanas, en cuyo procedimiento, Inocencio se personó en nombre de Acyco y solicitó la intervención en el proceso de la Administración Pública, alegando que los servicios profesionales cuyo pago se reclamaban, "habían sido encomendados a la actora por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la entonces Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, merced a Protocolo que ésta suscribió con mi representada del que la entidad actora tiene pleno conocimiento"(sic); alegación que fue puesta de manifiesto por el Letrado que actuaba en nombre de Garrigues, Sr. Bosco Cámara Pellón, a la Dirección General de Trabajo de la que era ya titular el acusado Calixto, a través de su asesora de confianza, Pura, a los efectos de coordinar la respuesta antes de contestar a dicha petición. Finalmente, tras la desestimación de dicha intervención provocada, pues Garrigues negó su vinculación con la Administración, aunque realmente había existido en la prestación del servicio por el que reclamaba la minuta de honorarios, se dictó sentencia el fecha 2 de marzo de 2010, por la que se condenaba a Acyco a pagar a Garrigues la suma de 109.620 euros, más intereses moratorios y costas.

En esta tesitura los encausados Roque, Patricia, Inocencio y el entonces Director General de Trabajo, Calixto, con el conocimiento y autorización de Celestino, Consejero de Empleo, acordaron que el abono se haría mediante la petición por parte de Acyco de una subvención excepcional de la Junta de Andalucía, que sería pagada por la agencia IDEA por encomienda de gestión de la Dirección General de Trabajo, con el mendaz pretexto de salvaguardar puestos de trabajo en riesgo de despido por crisis en la empresa; subvención para cuya concesión era competente dicho Consejero y no el Director General de Trabajo.

El día 22 de marzo de 2010, Juan Luis, funcionario encargado de la tramitación de la ayudas sociolaborales en la Dirección General de trabajo, indicó a Inocencio los documentos que debía presentar para la tramitación de la subvención, entre ellos, el propio escrito de solicitud, y como ya estaba concedida verbalmente de antemano, dicho funcionario, el día siguiente, sin haberse recibido aún la petición de Acyco, ni documento alguno por parte de Inocencio, redactó la memoria justificativa de la ayuda excepcional prometida, dictándose el 24 de marzo de 2010 por Calixto la resolución de concesión de la misma por el importe exacto de la minuta de Garrigues, 109.620 euros, siendo, posteriormente, cuando Patricia firmó la solicitud, que se presentó antedatada y que, para enmascarar su auténtico fin, fijaba como cantidad reclamada 125.000 euros: solicitud se unió al expediente sin pasar por el registro de entrada de documentos en la DGT.

Según la resolución de 24 de marzo de 2010, el destino de la ayuda excepcional concedida era la distribución de los fondos entre los trabajadores de Acyco relacionados en el Anexo I que se adjuntaba, tratándose de una mera lista de 144 personas, en el que sólo se refleja su DNI y dirección pero no la antigüedad en la empresa, categoría etc..., y tenía por objeto, según dicha resolución, paliar la situación de quebranto a los trabajadores por la falta de liquidez que presenta la sociedad, garantizando las relaciones laborales existentes, cuando su verdadero fin era el pago de la factura de Garrigues, estableciéndose que la ayuda se abonaría en dos plazos, el primero por importe del 75% y el segundo, por el 25% restante, sin que conste que el expediente haya sido objeto de fiscalización previa.

En la concesión de esta subvención se prescindió total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello.

Ni Patricia ni Inocencio informaron de esta solicitud de ayuda o de su concesión al Consejo de Administración de Acyco. La cuenta corriente indicada en el formulario de solicitud y en la propia Resolución de Concesión como cuenta bancaria de abono, era una cuenta corriente ajena a la empresa Acyco, siendo sus titulares 47 socios de Acyco, entre los que se hallaban Patricia y Inocencio.

En cumplimiento de lo acordado, ya siendo Director General de Trabajo, Tomás, en fecha 3 de septiembre de 2010, dictó resolución ordenando el pago del 75% de la subvención (82.215 euros) a la Agencia IDEA, que tras recibir la resolución y la orden de pago, acordó la transferencia de dicha suma a la cuenta corriente antes indicada; cantidad con la que se pagó 82.000 euros al despacho de Garrigues para el pago de la citada minuta de honorarios, quien solicitó el 23 de febrero de 2012 el archivo del procedimiento de ejecución civil instando contra Acyco, diciendo que había visto satisfechas pretensiones fuera del proceso.

La sociedad Acyco fue absorbida por la sociedad DCCOP S.A., quien ha devuelto la cantidad de 82.215 euros a la Junta de Andalucía, y Garrigues, una vez iniciado la investigación de estos hechos, ha consignado en la cuenta del Juzgado 80.000 euros a resultas de esta causa.



Tomás , antes de resolver sobre el pago del 25% restante, en oficio de fecha 14 de octubre de 2011 requirió a Acyco la justificación de la referida ayuda y al no hacerlo, inició el proceso de revisión de oficio de la subvención.

>>

SEGUNDO.- La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Debemos condenar y condenamos a Celestino como autor penalmente responsable de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de SIETE AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, INHABILITACIÓN ABSOLUTA DURANTE DIECISIETE AÑOS Y QUINCE DÍAS y pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en la misma proporción y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 2.951.410,84 euros.

Debemos condenar y condenamos a Calixto como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de CUATRO AÑOS Y UN DÍA DE PRISIÓN, DIEZ AÑOS Y UN DÍA DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA y al pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción.

Debemos condenar y condenamos a Patricia como cooperadora necesaria de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, SIETE AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA y pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 3.033.625,84 euros.

Debemos condenar y condenamos a Roque como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de CINCO AÑOS DE PRISIÓN, SIETE AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA y pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 2.951.410,84 euros.

Debemos condenar y condenamos a Inocencio como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de TRES AÑOS SEIS MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, CINCO AÑOS Y UN DÍA DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA y al pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 2.951.410,84 euros.

Debemos condenar y condenamos a Modesto como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, SEIS AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA y al pago de 2/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 3.033.625,84 euros.

Debemos condenar y condenamos a Ovidio como cooperador necesario de un delito de malversación de caudales públicos, ya definido, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, CINCO AÑOS DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA y al pago de 1/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 223.052,91 euros.

Debemos declarar y declaramos responsable civil subsidiario al despacho profesional A&J GARRIGUES S.L.P. respecto de la indemnización a la Junta de Andalucía a la que ha sido condenado Roque .

Igualmente, debemos declarar responsable civil subsidiario a la entidad DCOOP respecto de la indemnización a la Junta de Andalucía a la que han sido condenados Patricia y Inocencio .

Todas las sumas antes indicadas, devengarán el interés legal del art. 576 de la L.E.C.



Debemos Absolver y absolvemos a Tomás de los delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación y falsedad de los que venía acusado.

Debemos absolver y absolvemos a Elias de los delitos de prevaricación y falsedad de los que venía acusado.

Debemos absolver y absolvemos a Sergio del delito de prevaricación y delito continuado de malversación de caudales públicos de los que venía acusado.

Debemos absolver y absolvemos a Celestino y Patricia del delito de tráfico de influencias del que venían acusados.

Debemos absolver y absolvemos a Ovidio del delito de prevaricación del que venía acusado.

Debemos declarar extinguida la responsabilidad penal de Dionisio y Ezequiel .

Declaramos de oficio 14/32 partes de las costas.

Esta resolución no es firme y contra ella cabe interponer recurso de casación, que deberá prepararse dentro de los cinco días siguientes a la última notificación de la misma. >>

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, y de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Modesto :

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 LOPJ y del artículo 852 LECrim, por vulneración del derecho al proceso con las debidas garantías. Nulidad del juicio y de la sentencia pronunciada por la Audiencia Provincial de Sevilla. Estimación de las cuestiones previas planteadas por las partes en el acto de Juicio Oral.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, en cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Tercero.- Por infracción de ley al haber aplicado indebidamente la sentencia el art. 28-3 CP relativo a la cooperación necesaria en los delitos de prevaricación y malversación. Juicio de autoría del Sr. Modesto en los delitos de prevaricación y malversación por los que ha sido condenado.

Cuarto.- Por infracción de ley al haber aplicado indebidamente la sentencia el art. 74 CP relativo a la continuidad delictiva en los delitos de prevaricación y malversación.

Quinto.- Por infracción de ley al no haberse aplicado debidamente la atenuación del art. 65.3, en relación con el art. 66,1º, 1ª a que se refiere la sentencia.

Sexto.- Por infracción de ley, concretamente la inaplicación en la sentencia del número 2º del art. 66 CP al no haberse aplicado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Séptimo.- Por infracción de ley. Indebida aplicación en la sentencia de los arts. 109 a 115 del Código Penal, en relación con el art. 109 LECrim.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Calixto :

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los establecido en el artículo 852 LECrim, 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la CE, en relación con el principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, art. 9 CE, al infringirse el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales firmes y principio de igualdad.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los establecido en el artículo 852 LECrim, 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la CE, en relación con el principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, art. 9 CE, al infringirse el principio de cosa juzgada, por someter a don Calixto a un doble enjuiciamiento por unos mismos hechos.

Tercero.- Recurso de casación por infracción de precepto constitucional al amparo de los establecido en el artículo 852 LECrim, 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la CE, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la doble instancia (artículo 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York, en relación con artículo 10.2 CE).



Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los establecido en el artículo 852 LECrim, 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la CE, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a obtener una resolución motivada, a la vista de la inclusión en el relato de Hechos Probados de una secuencia de acontecimientos imposible conforme a las reglas de la ciencia.

Quinto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los establecido en el artículo 852 LECrim, 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la CE, en relación al derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a obtener una resolución motivada, a la vista del razonamiento de convicción contrario a las reglas de la lógica y la razón.

Sexto.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los establecido en el artículo 852 LECrim, 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la CE, en relación a la tutela judicial efectiva y derecho de defensa, al haberse infringido el principio de igualdad de armas y contradicción, así como el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9 CE.

Séptimo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los establecido en el artículo 852 LECrim, 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24 de la CE, en relación con el derecho a la presunción de inocencia al carecer la condena de la mínima actividad probatoria para fundamentar un pronunciamiento de culpabilidad.

Octavo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo de los establecido en el artículo 852 LECrim, y artículo 5.4 LOPJ, 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, arts. 24.1 y 2 CE, lo que se denuncia a efectos del artículo 44. c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Noveno.- Por infracción de Ley al amparo del número 1 del artículo 849 LECrim por la infracción del art. 404 CP, al haberse aplicado de forma indebida la citada norma.

Décimo primero.- Por infracción de Ley al amparo del número 1 del artículo 849 LECrim por la infracción del art. 432.1 y 2 CP, al haberse aplicado de forma indebida las citadas normas.

Décimo segundo.- Por infracción de ley al amparo del número 1 del artículo 849 LECrim por la infracción de los arts. 390.1.4º, al haberse aplicado de forma indebida la citada norma.

Décimo tercero.- Por infracción de Ley al amparo del número 1 del artículo 849 LECrim por la infracción del arts. 77 CP, por aplicación indebida del concurso medial.

Décimo cuarto.- Por infracción de Ley al amparo del número 1 del artículo 849 LECrim por la infracción del art. 21.6 CP, al no apreciar la atenuante de dilaciones indebidas muy cualificadas.

Décimo quinto.- Por infracción de Ley al amparo del número 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Décimo sexto.- Por quebrantamiento de forma al amparo de los números 1º, 3º del artículo 851 por existir manifiesta falta de claridad y contradicción entre los hechos declarados probados.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Roque :

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del art. 28.2 b) CP (cooperación necesaria) en relación con los arts. 404 (en relación con el art. 74), 390.1.4.º y art. 432.1 y 2 (en relación con el art. 74).

Segundo.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Cuarto.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Quinto.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Sexto.- Por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 28.2 CP (cooperación necesaria), e inaplicación indebida del art. 29 CP (complicidad).

Octavo.- Por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, por inaplicación indebida del art. 66.2 en relación con el art. 21.6 CP (atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada).

Motivos aducidos en nombre del recurrente Celestino :



Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ, por vulneración de los derechos a obtener tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, por la sentencia dictada sin respetar la situación jurídica declarada por una resolución judicial anterior de carácter firme y dictada en el mismo procedimiento: intangibilidad e invariabilidad de las resoluciones judiciales.

Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim, por vulneración de los derechos a obtener tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, y a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, por las resoluciones dictadas sin respetar las exigencias del principio de legalidad consagrado en el art. 25, y el de seguridad jurídica, art. 9.3 CE.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE, como patente e inevitable efecto reflejo del injustificado sometimiento a doble enjuiciamiento por unos mismos hechos.

Cuarto.- Por infracción del artículo 24.2 CE, en cuanto a los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con las debidas garantías, acogido al art. 852 LECrim y apartado 4 del artículo 5 L.O.P.J., al no haber efectuado el tribunal de instancia una valoración racional de la prueba y ya que de la practicada no se infiere racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, siendo ilógico, irrazonable e insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado; con resultado de infracción, por aplicación indebida, del artículo 432-1-2 CP.

Motivos aducidos en nombre de la recurrente Patricia :

Primero.- Por infracción de ley, con fundamento en el nº 1 del art. 849 LECrim, por haberse infringido una serie de preceptos penales de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que haya de ser observada en aplicación de la Ley penal, concretamente por existir infracción de ley en la aplicación de los artículos 28, 390.4, 404 y 432.1 y 2 CP.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, con fundamento en el art. 852 de la LECrim y art. 5.4 LOPJ, norma que desarrolla el art. 53.1 CE, y por violación del art. 24 del mismo texto constitucional, por infracción de la tutela judicial efectiva; de los principios de "presunción de inocencia" e "in dubio pro reo".

Tercero.- Por infracción de ley, con fundamento en el nº 2 del art. 849 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, designando las actuaciones.

Cuarto.- Por infracción de Ley, concretamente la inaplicación en la sentencia del número 2º del art. 66 CP al no haberse aplicado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Ovidio :

Primero.- Al amparo de lo prevenido en el art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, indebida aplicación del art. 432.1 y 2 CP en su redacción anterior a la LO 1/2015.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Inocencio :

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim, por el cauce del art. 5.4 LOPJ, infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 CE.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, indebida aplicación del art. 28.3 CP, relativo a la cooperación necesaria en los delitos de prevaricación, malversación y falsedad por los que ha sido condenado el recurrente.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, incorrecta aplicación del art. 74 CP en lo que se refiere a la continuidad delictiva de los delitos de prevaricación y malversación referidos a la concesión de las ayudas socio- laborales a los trabajadores de acyco, que la sentencia considera prevaricadoras e integradoras de delito continuado.

Quinto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, inaplicación del art. 66.2 CP, al no haberse aplicado la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

Sexto.- Por infracción de ley. Indebida aplicación en la sentencia de los arts. 109 a 115 CP, en relación con el art. 109 LECrim.

**Motivos aducidos en nombre de la recurrente DCOOP (entidad absorbente de ACYCO) (responsable civil subsidiario):**

Primero.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim, al haberse infringido un precepto pena de carácter sustantivo u otra norma jurídica que deba ser observada en la aplicación de la ley penal. Indebida aplicación de los arts. 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115 Y 120, todos ellos del CP, en relación con los arts. 106, 107, 108, 109, 110, 111 Y 112 LECrim.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y el art. 5.4 LOPJ, al haberse infringido preceptos y garantías constitucionales tutelados por los arts. 24 y 120 CE.

Tercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo previsto en el art. 849.1 LECrim, al haberse infringido un precepto pena de carácter sustantivo u otra norma jurídica que deba ser observada en la aplicación de la ley penal. Indebida aplicación del art. 120.4 CP.

Motivos aducidos en nombre de la recurrente GARRIGUES ABOGADOS (responsable civil subsidiario):

Primero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley en la condena por responsabilidad civil, habiéndose incurrido en una indebida aplicación de los arts. 109, 115 y 116 CP, así como de los arts. 1.089 Y 1.092 CC.

Segundo.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley, por indebida aplicación de los arts. 108 y 110 LECrim.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los arts. 108 y 110 LECrim, por infracción de ley en la determinación de la responsabilidad civil.

QUINTO.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para la vista prevenida, se celebró la misma el día 9 de octubre de 2024, con asistencia de las partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRELIMINAR**

1) Existiendo puntos de coincidencias en los recursos formalizados que facilitan su tratamiento sistemático conjunto evitando así las reiteraciones innecesarias, esta Sala casacional considera adecuada la técnica del Ministerio Fiscal al impugnar la mayor parte de los motivos articulados por los distintos acusados, de agrupar los motivos en función de su temática común. Y dentro de cada temática el análisis de forma conjunta e individualizada los motivos articulados por cada acusado en función de que las respectivas alegaciones sean comunes o diferentes.

Así, y alterando en cierta manera el orden de los motivos, se analizarán *en primer lugar* los motivos formalizados por cada acusado relacionados con la presunción de inocencia y el error de hecho en la aplicación probatoria. *En segundo lugar* los motivos relacionados con la infracción de ley relativos a los tipos penales sustantivos y la autoría. *En tercer lugar* los vinculados a la atenuante de dilaciones indebidas. *En cuarto lugar* los formalizados respecto a la responsabilidad civil. *En quinto lugar* los vinculados a la cosa juzgada y el non bis in idem como consecuencia del dictado de la STS 749/2022 en la pieza principal del procedimiento específico de los ERES. *En sexto lugar* en relación a los motivos que quedarían sin contenido si, tal como propugna el Ministerio Fiscal, se estimaran los motivos primero y segundo de los acusados Calixto, y primero, segundo y tercero de Celestino. *El apartado séptimo* en relación a las adhesiones producidas entre recurrentes, y por último, *en octavo lugar*, la posible incidencia en el presente recurso de casación de las sentencias del Tribunal Constitucional nº 95/2024, de 3-7 y 101/2024, de 16-7, dictadas en los recursos de amparo interpuestos por Celestino y Calixto contra la sentencia de este Tribunal Supremo nº 749/2022, de 13-9, dictada en la pieza del "procedimiento específico".

PRIMERO.- Motivos relativos al derecho a la presunción de inocencia, art. 852 LECrim, 5.4 LOPJ y 24.2 CE y error en la apreciación de la prueba, art. 849.2 LECrim.

1.1.- Debemos previamente recordar la doctrina jurisprudencial (SSTS 424/2014, de 3-6; 105/2017, de 21-2; 407/2020, de 20-7; 437/2021, de 20-5; 819/2021, de 27-10; 83/2022, de 27-1) -anterior a la reforma operada por Ley 41/2015, que introdujo el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, ante la Sala de lo Civil y Penal de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia-, sobre el alcance en casación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que establece que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las



pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim, pues como señaló la STC 136/2006, de 8-5, en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo 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. Por tanto el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones 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 (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero si puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de su raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Así pues, al Tribunal de casación le corresponde comprobar que el Tribunal ha dispuesto de la precisa actividad probatoria para la afirmación fáctica contenida en la sentencia, lo que supone constatar que existió porque se realiza con observancia de la legalidad en su obtención y se practica en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad, y que el razonamiento de la convicción obedece a criterios lógicos y razonables que permitan su consideración de prueba de cargo. Pero no acaba aquí la función casacional en las impugnaciones referidas a la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pues la ausencia en nuestro ordenamiento de una segunda instancia revisora de la condena impuesta en la instancia antes de la reforma operada por Ley 41/2015, obliga al Tribunal de casación a realizar una función valorativa de la actividad probatoria, actividad que desarrolla en los aspectos no comprometidos con la inmediación de la que carece, pero que se extiende a los aspectos referidos a la racionalidad de la inferencia realizada y a la suficiencia de la actividad probatoria. Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que fue recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE. que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE. sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta... De modo que sólo podemos considerar 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. En tales casos, aun partiendo



de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

- en primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen dicho acto. Contradicción, inmediación, publicidad e igualdad.

- en segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

- en tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es por un lado una actuación individualizadora no seriada, y por otra parte es una actividad razonable, por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del Tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado, es, no sólo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión, sino asimismo una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso, e incluso la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

En cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia respecto a la tesis defensiva del acusado por existir alternativas plausibles razonables, en SSTs 784/2009 de 14 julio, 681/2010 de 15 julio, 211/2017 del 29 febrero, tenemos dicho que para determinar si esta garantía ha sido desconocida, lo que ha de constatarse en primer lugar son las condiciones en que se ha obtenido el convencimiento que condujo a la condena. Esto exige que se examine si la aportación de los elementos de la discusión sobre la aceptabilidad de la imputación se efectúa desde el respeto al método legalmente impuesto, de suerte que los medios de prueba sean considerados válidos y el debate se someta a las condiciones de contradicción y publicidad.

En segundo lugar, como también indicábamos en aquellas resoluciones, y como contenido específico de este derecho fundamental a la presunción de inocencia, deberá examinarse si, prescindiendo del grado de seguridad que el Juez tenga sobre el acierto de su convicción, ese método ha llevado a una certeza objetiva sobre la hipótesis de la acusación. No porque se demuestre una verdad indiscutible de las afirmaciones que funda la imputación. Sino porque, desde la coherencia lógica, se justifique esa conclusión, partiendo de proposiciones tenidas indiscutidamente por correctas.

Para constatar el cumplimiento de este específico presupuesto de enervación de la presunción constitucionalmente garantizada han de verificarse dos exclusiones:

La primera que la sentencia condenatoria no parte del vacío probatorio, o ausencia de medios de prueba, que aporten proposiciones de contenido incriminatorio y sean válidamente obtenidas y producidas en el debate oral y público.

El vacío habrá sido colmado cuando, más allá del convencimiento subjetivo que el Juez, al valorar los medios de prueba, adquiera sobre la veracidad de la acusación, pueda estimarse, en trance de revisión, que no sustitución, de la valoración del Juez, que los medios que valoró autorizan a tener por objetivamente aceptable la veracidad de la acusación o, si se quiere, a excluir la mendacidad de la acusación.

La segunda la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables. Y ello porque, para establecer la satisfacción del canon de razonabilidad de la imputación, además, se requiere que las objeciones oponibles se muestren ya carentes de motivos racionales que las justifiquen de modo tal que pueda decirse que excluye, para la generalidad, dudas que puedan considerarse razonables.

Ahora bien ello no implica que el Tribunal esté obligado a considerar probadas todas las alegaciones formuladas por el acusado, ni que tenga que realizar un análisis exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas, lo que sí está obligado que es a ponderar y valorar la prueba de descargo junto con la de cargo, lo que representa un presupuesto sine qua non indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse



con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso (STS 258/2010 de 12 marzo, 540/2010 y 8 junio).

En palabras del Tribunal Constitucional 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 (SSTC. 187/2006 de 19 junio, 148/2009 y 15 junio).

En definitiva -como precisa la STS 592/2021- la presunción de inocencia supone un veto a toda condena no basada en prueba de cargo suficiente (efecto negativo) pero no obliga como regla a dotar de mayor credibilidad a la prueba exculpatoria sobre la incriminatoria -inexistente efecto positivo de la presunción de inocencia como regla de juicio- aunque en otras vertientes, regla de tratamiento o principio informador del proceso, sí puedan anudarse a la presunción de inocencia consecuencias positivas y no meramente excluyentes o negativas.

Bien entendido, como hemos dicho en STS 409/2020, de 20-7, que la revisión de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia debe realizarse respecto del conjunto de los elementos probatorios de que se dispuso, sin que quepa fragmentar o disgregar la actividad probatoria. 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. Lo que debe realizarse es un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar si ese derecho fue o no respetado, concretamente, en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria.

1.2.- En el caso presente -como acertadamente señala el Ministerio Fiscal al impugnar los motivos articulados por esta vía- el cuadro probatorio de la sentencia recurrida fue extenso y complejo, al disponerse de prueba personal (declaraciones de los propios acusados, de los coimputados y testificales), de muy numerosa prueba documental (expedientes y documentos administrativos, actas de acuerdos, informes técnicos y de viabilidad, anexos, certificaciones administrativas, resoluciones judiciales, cartas, correos electrónicos) y prueba pericial (funcionarios peritos de la Dirección General de Seguros y de la Intervención General de la Administración del Estado).

1.3.- Al mismo tiempo, de cada uno de los datos fácticos constitutivos de las distintas secuencias del relato que se reputa delictivo se dispuso, además de esa prueba directa, de prueba indiciaria o indirecta. Y sobre esta prueba como susceptible de enervar la presunción de inocencia, es un principio definitivamente consolidado por la doctrina del Tribunal Constitucional, que en multitud de precedentes, se ha pronunciado al respecto, declarando, desde las sentencias 174 y 175, ambas de 17-12-85, la aptitud de esta prueba de indicios para contrarrestar la mencionada presunción, a la vista de la necesidad de evitar la impunidad de múltiples delitos, y la advertencia de que habría de observarse singular cuidado a fin de evitar que cualquier simple sospecha pudiera ser considerada como verdadera prueba de cargo.

A partir de tal fecha con frecuencia se ha venido aplicando y estudiando por los Tribunales de Justicia esta clase de prueba, que ha adquirido singular importancia en nuestro derecho procesal porque, como es obvio, son muchos los casos en los que no hay prueba directa sobre un determinado hecho, y ello obliga a acudir a la indirecta, circunstancial o de inferencias, para a través de los hechos plenamente acreditados (indicios) llegar al conocimiento de la realidad de aquel necesitado de justificación, por medio de un juicio o inducción lógica, conforme a las reglas que ofrece la experiencia sobre la base en que ordinariamente se desarrollan los conocimientos (SSTC 229/88; 107/89; 384/93; 206/94; 45/97).

Bien entendido que, tal como reitera la doctrina, la fuerza de un indicio estriba de lleno en la mayor o menor conclusividad del razonamiento inferencial que une el dato indiciente (o indicio, a secas) con el hecho indiciable (la hipótesis a probar), de ahí se sigue que los indicios pueden generar resultados probatorios de distinta intensidad.

Del mismo modo esta Sala de Casación del Tribunal Supremo ha generado una amplia jurisprudencia al respecto -vid. STS 500/2023, de 22-6- según la cual la realidad del hecho y la participación en el mismo del acusado, puede ser establecida por la fórmula de indicios, siempre que concurren una serie de requisitos:

a) Pluralidad de los hechos-base o indicios.

Como se ha señalado la propia naturaleza periférica del hecho-base hace carecer de perseidad para fundar la convicción judicial, conforme a la norma contenida en el art. 741 LECrim. la existencia de un hecho único o aislado de tal carácter, admitir lo contrario sería un inadmisibles retroceso dentro del estado de Derecho e incidiría en el área vedada por el art. 9.3 CE., salvo cuando por su especial significación así proceda (STS. 20.1.97).



b) Precisión de que tales hechos-base estén acreditados por prueba de carácter directo y ello para evitar los riesgos inherentes que resultarían de admitirse una concatenación de indicios, con la suma de deducciones resultantes que aumentaría los riesgos en la valoración.

c) Necesidad de que sean periféricos respecto al dato fáctico a probar.

No todo hecho puede ser relevante, así resulta preciso que sea periférico o concomitante con el dato fáctico a probar. No en balde, por ello, esta prueba indirecta ha sido tradicionalmente denominada como circunstancial, pues el propio sentido semántico, como derivado de "circum" y "stare" implica "estar alrededor" y esto supone no ser la cosa misma, pero si estar relacionado con proximidad a ella.

d) Interrelación. Derivadamente, esta misma naturaleza periférica exige que los datos estén no solo relacionados con el hecho nuclear precisado de prueba, sino también interrelacionados; es decir, como notas de un mismo sistema en el que cada una de ellas represente sobre las restantes en tanto en cuanto formen parte de él. La fuerza de convicción de esta prueba dimana no sólo de la adición o suma, sino también de esta imbricación.

e) Racionalidad de la inferencia. Esta mal llamada prueba de presunciones no es un medio de prueba, sino una forma de valoración de los hechos indirectos plenamente acreditados. Por ello, entre éstos y el dato precisado de acreditar ha de existir, conforme a lo requerido por el art. 1253 Cc. "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", enlace que consiste en que los hechos-base o indicios no permitan otras inferencias contrarias igualmente validas epistemológicamente.

f) Expresión en la motivación del cómo se llegó a la inferencia en la instancia. Pues solo cuando se contienen en la motivación de la sentencia exigida por el art. 120.3 CE. los grandes hitos del razonamiento cabe el control extraordinario representado por el recurso de casación ante este Tribunal Supremo o en su caso, por el de amparo ante el Tribunal Constitucional y determinar si la inferencia ha sido de manera patente irracional, ilógica o arbitraria; pues de no mostrarse tal ilogicidad no cabe alterar la convicción del Tribunal de instancia formada con arreglo a la normativa contenida en los citados artículos 117.3 CE y 741 LECrim. (SSTS. 24.5 y 23.9.96 y 16.2.99).

En relación con estas exigencias debe destacarse la importancia de los dos últimos requisitos señalados, que la doctrina de esta Sala ha insistido en resaltar y, en particular el de la explícita motivación jurídica de la inferencia deducida, especialmente exigible cuando se trata de esa clase de pruebas indirectas, a diferencia de los supuestos en los que el fundamento de convicción del Tribunal se sustenta en pruebas directas, en las que es suficiente la indicación de éstas sin que sea preciso, en principio, un especial razonamiento, como por el contrario, es necesario cuando las pruebas indiciarias se trata (STS. 25.4.96). En este sentido, debe recordarse que el ejercicio de la potestad jurisdiccional está subordinado al cumplimiento y observancia de las formalidades legales, entre las que destaca, incluso con rango constitucional, (art. 120.3 CE), la obligación de motivar las resoluciones judiciales, de tal suerte que el juicio valorativo de los hechos indiciarios a partir de los cuales se llega al hecho-consecuencia, cabe según un proceso lógico y explicitado en la sentencia que permita al acusado conocer el razonamiento del Juzgador y al Órgano jurisdiccional superior verificar la racionalidad del juicio de inferencia, es decir, que la conclusión inferida de los indicios probados responde a las reglas de la lógica y de la razón y no permite otra inferencia igualmente razonable deducida de los mismos datos indiciarios.

En definitiva como decíamos en la sentencia de 16.11.2004, es necesario que "la sentencia haga explícito el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, explicitación que aun cuando sea sucinta o escueta se hace imprescindible en el caso de prueba indiciaria, precisamente para posibilitar el control casacional de la inferencia. Es decir, es necesario que el Órgano judicial precise cuales son los indicios y como se deduce de ellos la autoría del acusado, de tal modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprobar y comprender el juicio formulado a partir de tales indicios, siendo preciso pues, que el órgano judicial explique no solo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el iter mental que le ha llevado a entender probados los hechos, a fin de que puede enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el Juez ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia .. "y" en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda e infundada, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural el dato precisado de acreditar, existiendo entre ambos un enlace previo y directo, según las reglas del criterio humano".

En este sentido el Tribunal Constitucional recuerda que este razonamiento debe estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común, o, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 169/1989, de 16 de octubre, (FJ. 2) "en una comprensión razonable de la realidad



normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998, 124/2001, 300/2005, y 111/2008). El control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o coherencia (de modo que será irrazonable si los indicios acreditados descartan el hecho que se hace desprender de ellos o no llevan naturalmente a él), como desde su suficiencia o calidad concluyente (no siendo, pues, razonable la inferencia cuando sea excesivamente abierta, débil o imprecisa), si bien en este último caso se debe ser especialmente prudente, puesto que son los órganos judiciales quienes, en virtud del principio de inmediación, tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada' (STC 229/2003 de 18.12, FJ. 24).

Las sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998 y 204/2007, partiendo en que además de los supuestos de inferencias ilógicas o inconsecuentes, deben considerarse asimismo insuficientes las inferencias no concluyentes, incapaces también de convencer objetivamente de la razonabilidad de la plena convicción judicial, ha señalado que un mayor riesgo de una debilidad de este tipo en el razonamiento judicial se produce en el ámbito de la denominada prueba de indicios que es la caracterizada por el hecho de que su objeto no es directamente el objeto final de la prueba, sino otro intermedio que permite llegar a éste a través de una regla de experiencia fundada en que usualmente la realización del hecho base comporta la de la consecuencia.

En el análisis de la razonabilidad de esa regla que relaciona los indicios y el hecho probados hemos de precisar ahora que solo podemos considerarla insuficiente 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 o desde una perspectiva externa y objetiva que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos... no cabrá estimar como razonable bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente ("más allá de toda duda razonable"), bien la convicción en si (SSTC. 145/2003 de 6.6, 70/2007 de 16.4).

Bien entendido que también se ha dicho que la prueba indiciaria necesita de un plus argumentativo. El proceso deductivo ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un control de la racionalidad del hilo discursivo mediante el que el órgano jurisdiccional afirma la condena (SSTS 587/2014 de 18 de julio, 241/2015 de 17 de abril, 815/2016 de 28 de octubre).

En este extremo esta Sala, SSTS 56/2009, de 9 de marzo; 877/2014, de 22 de diciembre; 796/2016, de 27 de septiembre, ya ha descartado el error de pretender valorar aisladamente los indicios, ya que la fuerza probatoria de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los mismos, que concurren y se refuerzan respectivamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS. 14.2 y 1.3.2000). Es decir no resulta aceptable analizar cada uno de aquellos elementos y a darles otra interpretación, o bien a aislarles del conjunto probatorio extrayendo sus propias e interesadas conclusiones, pues la fuerza conectiva de la prueba indirecta se obtiene mediante el conjunto de los indicios probados, a su vez, por prueba directa, que en esta sede casacional no pueden ser nuevamente revisados y que no se trata del aislado análisis de cada uno de los indicios en su particularidad probatoria, que pueden ser, en sí mismos, cada uno de ellos, insuficientes a los efectos que resolvemos (porque en caso contrario sobraría su articulación referencial) pero en conjunto arrojar, a juicio de la Sala sentenciadora, una convicción que despega del propio análisis de cada uno de ellos en particular, ofreciendo en su totalidad una conclusión probatoria, sobre la que esta Sala casacional únicamente tiene que comprobar que cuenta con la necesaria racionalidad y con un adecuado soporte estructural de tipo argumental (STS. 19.10.2005).

Insistiéndose en las SSTS. 33/2011 de 26.1, 5883/2009 de 8.6, 527/2009 de 25.5, que el análisis descompuesto y fraccionado de diferentes indicios puede conducir a conclusiones inaceptables desde el punto de vista del razonamiento impugnativo. En efecto, el grado de aceptación de las exigencias constitucionales impuestas por el art. 24.2 de la CE, no puede obtenerse a partir de una regla valorativa de naturaleza secuencial, en la que el todo se descompone hasta ser convertido en un mosaico inconexo de indicios. La cadena lógica a la hora de valorar las hipótesis iniciales no puede descomponerse en tantos eslabones como indicios, procediendo después a una glosa crítica de cada uno de ellos sin ponerlo en relación con los restantes.

En este sentido la STS. 412/2016 de 13.5, rechazó las conclusiones que se obtengan a partir de un análisis fraccionado y desagregado de los diversos hechos base y de la fuerza de convicción que proporciona su análisis conjunto y relacional, advirtiendo el Tribunal Constitucional (por todas, 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..." la fragmentación del resultado probatorio para analizar seguidamente cada uno de los indicios es



estrategia defensiva legítima, pero no es forma racional de valorar el cuadro probatorio (SSTS. 631/2013 de 7.6, 136/2016 de 24.2).

Bien entendido -hemos dicho en SSTS. 732/2013 de 16.10, y 700/2009 de 18.6- que es claro "desde la perspectiva del razonamiento presuntivo seguido por el Tribunal a quo, que no toda inferencia que vaya del hecho conocido al hecho ignorado ofrece, sin más, la prueba de éste último. Las inferencias deben ser descartadas cuando sean dudosas, vagas, contradictorias o tan débiles que no permitan la proclamación del hecho a probar. Sin embargo, es perfectamente posible que la prueba se obtenga cuando las inferencias formuladas sean lo suficientemente seguras e intensas como para reducir el margen de error y de inaceptabilidad del razonamiento presuntivo. Y la seguridad de una inferencia, su precisión, se produce cuando aquélla genera la conclusión más probable sobre el hecho a probar. En el fondo, esta idea no es ajena a una probabilidad estadística que se presenta como la probabilidad prevaleciente. En suma, resultará probada la hipótesis sobre el hecho que se fundamenta sobre diversas inferencias presuntivas convergentes cuando esa hipótesis éste dotada de un grado de confirmación prevaleciente respecto de otras hipótesis a las que se refieren otras inferencias presuntivas, mucho más débiles y por tanto incapaces de alterar la firmeza de aquella que se proclama como predominante.

Pero conviene insistir en que la validez de unos indicios y la prevalencia de la inferencia obtenida de ellos, no puede hacerse depender de que no existan indicios que actúen en dirección contraria. En términos generales, la suficiencia de unos indicios no exige como presupuesto la exclusión total y absoluta de la hipótesis contraria. La concordancia de las inferencias puede no ser necesaria. Incluso si uno o varios juicios de inferencia son suficientes por sí solos para justificar las hipótesis sobre el hecho, mientras que otras presunciones se refieren a hipótesis distintas pero les atribuyen grados débiles o insuficientes de confirmación, es siempre posible una elección racional a favor de la hipótesis que goza de una probabilidad lógica prevalente, aunque exista la posibilidad de otras inferencias presuntivas, incapaces por sí solas de cuestionar la validez probatoria de aquella que permite, más allá de cualquier duda razonable, respaldar la que se impone como dominante".

SEGUNDO.- En cuanto al motivo por la vía casacional del art. 849.2 LECrim, conforme reiterada doctrina de esta Sala, SSTS 633/2020, de 24-11; 72/2021, de 28-1; 852/2022, de 27-10, exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30.9).

No es suficiente, por lo tanto, con que sea posible, sobre la base del particular del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones diferentes de las alcanzadas por el Tribunal. Es preciso, por el contrario, que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita, o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que, en ambos supuestos, sea la única prueba sobre ese extremo. (STS nº 534/2003, de 9 de abril).

Con la STS 431/2006, de 9 de marzo, debemos recordar que un motivo por "error facti" no puede consistir en una cita de toda una serie de folios del procedimiento que claramente exceden de las previsiones del indicado cauce casacional, que no consiste, como es natural, en una nueva valoración del conjunto del acervo probatorio, convirtiendo a este Tribunal Supremo en una segunda instancia jurisdiccional, lo que sencillamente no es posible en función de la misión que el recurso de casación tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dada su estructura y configuración del mismo, sino que, al margen del principio de inmediatez, no puede llevarse a cabo la revisión probatoria que la recurrente propone en su extenso desarrollo del motivo, pues, de no ser así, es claro que si pudiéramos establecer las bases fácticas de todo proceso penal al margen de la instancia y sus principios rectores, hasta el punto de llegar a un relato completamente diferente al que la Sala sentenciadora ha consignado en su resultancia fáctica, no sería -ni siquiera- precisa la celebración del juicio oral, lo que es simplemente inaceptable dogmáticamente.

En similar sentido la STS 633/2020, de 24-11, señala en cuanto a los requisitos exigidos para la aplicación de este motivo:



"Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa."

2.1.- Expuesto lo anterior, este motivo de casación tampoco podrá prosperar, cuando el recurrente pretende una nueva valoración de la prueba documental, sin que en sus alegaciones concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para entender concurrente el motivo de interés casacional recogido en el artículo 849.2 LECrim.

Y es que para que este motivo de casación pueda prosperar, es preciso que los documentos señalados sean literosuficientes, en los términos expresados por reiterada doctrina jurisprudencial, por todas Sentencia número 860/2013, de 26 de noviembre, a saber:

"(...) la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 (RJ 2002, 6461) y 5.4.99 (RJ 1999, 4842)) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99 (RJ 1999, 4676)).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 (RJ 2002, 10514), es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 LECrim como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación.

I) MOTIVOS PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

TERCERO.- Motivo segundo Patricia .

Con base en el art. 24 CE y art. 5.4 LOPJ, violación art. 24 CE, infracción de la tutela judicial efectiva, de los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo.

La sentencia recurrida en el fundamento de derecho décimo tercero, atribuye a esta recurrente responsabilidad penal por su participación como cooperadora necesaria en la totalidad de la secuencia delictiva que conforman



los hechos: suscripción y pago realizado en base a las pólizas NUM000 , NUM002 y NUM001 , adenda de 8-7-2004 al Convenio de 10-2-2004, y subvención excepcional para encubrir el pago por la minuta del Despacho Garrigues.

Invocando el derecho a la presunción de inocencia y el principio "in dubio pro reo" la recurrente niega la existencia de prueba bastante de los hechos por lo que ha sido condenada. Argumenta que en su condición de responsable de ACYCO lo único que hizo fue, como otras muchas empresas, acogerse a un sistema que, en aquel momento era la "legalidad vigente". Que es ajena a lo que hicieran o acordaran la Dirección General de Trabajo y los Consejeros de la Junta, que ya han resultado condenados, y que además encomendó el asesoramiento y la tramitación de las ayudas a un Despacho de Abogados de la máxima reputación, como era el Despacho Garrigues.

Argumentación que no debe ser aceptada.

Que el sistema de ayudas articulado desde la Junta de Andalucía y, específicamente, desde la Dirección General de Trabajo, estuviese en funcionamiento durante aquellos años, no conlleva que no fuese irregular, e incluso ilícito.

Efectivamente dicho sistema fue el que instauró y posibilitó la percepción de las ayudas sociolaborales a las empresas y es precisamente su regularidad o legalidad lo que ha sido objeto de valoración y enjuiciamiento tanto en la causa principal "por el procedimiento específico" como en la presente causa de la pieza separada "ACYCO". Y las valoraciones al respecto han sido concluyentes en calificar las resoluciones que articularon el sistema como prevaricadoras y los fondos dispuestos en base al mismo como malversados; al tratarse de un sistema íntegramente irregular, opaco y a salvo de la adecuada fiscalización, que posibilitó el otorgamiento y distracción de fondos públicos, de forma arbitraria, sin causa legal y en beneficio de particulares (en este caso la sociedad ACYCO, los trabajadores de esta, los "intrusos" que no pertenecían a la empresa, las aseguradoras que suscribieron las pólizas, el Despacho Garrigues, y singularmente la propia recurrente).

Por tanto, no se trató de un acto o resolución puntual, sino que fue necesario una sucesión de resoluciones y actuaciones de muy diversa naturaleza y procedencia, e irregularidades (improcedente utilización del concepto presupuestario de "transferencia de financiación", Convenio Marco entre la Dirección General de Trabajo y el IFA, Documento de compromiso de la Dirección General de Trabajo y ACYCO, suscripción de pólizas de rentas colectivas con aseguradoras, Adenda a este Convenio y subvención excepcional para el pago de la minuta).

No se puede, por ello, atribuir toda la responsabilidad en exclusiva a los responsables de la Administración. El sistema, tal y como estaba concebido y diseñado, se orientaba a posibilitar la disposición indebida de fondos públicos en favor de los particulares. Y para ello era necesario el concurso de las personas directamente beneficiarias por los pagos y disposiciones, en particular las empresas y trabajadores que recibieron dichas ayudas. Sin una actuación conjunta y coordinada de funcionarios y autoridades, por un lado, y de los particulares, por otro, no se hubieran podido llevar a cabo los hechos.

- En el caso presente, la sentencia recurrida expone las principales actuaciones y resoluciones que se articularon para la consumación de la disposición de los fondos públicos, de las que se deduce la decisiva participación de esta recurrente.

3.1.- Patricia ostentaba el cargo de Presidenta del Consejo de Administración de ACYCO y era, por tanto, la persona que ostentaba la máxima representación y capacidad de dirección y decisión en la empresa a quien se dirigieron las ayudas. En tal calidad intervino en todas y cada de las fases que integran los hechos y posibilitaron la percepción de las ayudas.

3.2.- Conoce y decide en tal calidad la presentación de la solicitud (3 de julio de 2003) del Expediente de regulación de Empleo por causas productivas y organizativas cuya solicitud presenta formalmente el acusado Inocencio en su condición de apoderado, socio, director de recursos humanos y abogado de la empresa. Y en la propia solicitud presentada se acompañaba de un anexo (folio 15 anexo I) con el listado de los 35 trabajadores afectados por el expediente entre los que se encontraba ella misma como personal fijo en el puesto de jefe de organización (folio 102 anexo I).

3.3.- La recurrente fue, junto con el acusado Inocencio , quien aceptó encomendar toda la gestión relativa a la tramitación del ERE y obtención de las ayudas al acusado Roque (despacho GARRIGUES), a quien conocía por su común militancia en el pasado en UGT y quien le ofreció sus servicios profesionales bajo la "singular y llamativa" premisa de que el coste del ERE y prejubilaciones iba a ser de coste "0" para ACYCO y todo iba a ser asumido por la Junta de Andalucía, incluidos los costes del Informe Técnico y Plan de Viabilidad del ERE elaborado por la firma "Deloitte & Touche" y de los propios servicios de asesoramiento y gestión de Roque por cuenta del despacho GARRIGUES.



3.4.- Conoce y decide el acuerdo con los trabajadores de la empresa plasmado en el acta de 2 de julio de 2003 (en representación de ACYCO interviene el acusado Inocencio), que se acompañó con la solicitud el ERE y en el que ya se hacía referencia a la extinción de los contratos de trabajo compensada con un Plan de Prejubilaciones que suponen un importe superior a la indemnización legal que pudiera corresponder al trabajador y que la aceptación de las condiciones del mismo supone la exclusión de cualquier otro derecho indemnizatorio que pudiera corresponderle por la extinción de contrato de trabajo frente a la empresa.

3.5.- Participa en las reuniones mantenidas con la Dirección General de Trabajo que alumbran el Compromiso de 8 de mayo de 2003 (tomo VIII, CD del folio 2856) por parte del entonces Director General, Dionisio . En este documento la Dirección General asume el compromiso de conceder las ayudas sociales a los trabajadores excedentes de la readaptación de plantilla, mayores de 52 años (sic). En el documento nada se dice sobre la existencia del ERE y en la documentación del ERE no se hace referencia a las ayudas sociolaborales.

3.6.- Suscribe en representación de ACYCO el Protocolo de Colaboración con la Dirección General de Trabajo de fecha 26 de julio de 2003 (folio 155 del tomo I y folio 30 y ss del CD unido en el folio 1856 y ss Tomo VII así como folio 326 y ss del Anexo I) que, según manifestaciones de la recurrente, fue firmado en octubre de 2003. Aquí la Dirección General asumía la gestión y coordinación de las ayudas y ACYCO el cumplimiento del Plan de Inversiones y de Futuro elaborado e incorporado como anexo. Es de destacar que el Protocolo no detalla los trabajadores afectados ni el importe de la ayuda y se remite al estudio anexo por VITALIA que tiene fecha posterior al del Convenio (31 de julio de 2003 por 26 de julio de 2003). Este anexo-estudio de VITALIA (folios 328 y 329 del Tomo II Anexo I) fija fechas, niveles de cobertura, edad de los afectados, coste de la prima (folio 331 Tomo II) y en él ya aparecen las dos personas que a la postre también se habrían de beneficiar de las ayudas, los denominados "intrusos" (Eusebio y Ezequiel y Ezequiel), pese a no haber trabajado nunca para ACYCO. También subrayar que no aparece en el listado Patricia que, sin embargo, sí figuraba en el listado de trabajadores del ERE.

En el Convenio de Colaboración de 10 de febrero de 2004 firmado entre el Director General de Trabajo y el Director General del IFA para articular el pago de las ayudas a ACYCO (Anexo I, tomo 2, f. 574 y en CE del Tomo VIII folios 2856 y ss, págs., 112 y ss) también aparecen en su anexo I, dentro del listado de 36 trabajadores los dos "intrusos", pero no Patricia .

3.7.- Se formalizó en fecha 1 de agosto de 2003, la póliza de renta colectiva NUM000 (folios 338 y ss y folios 34 y ss del CD obrante al folio 2.856 del tomo VIII) que financió la Junta de Andalucía pese a figurar como tomadora la "Asociación 3 de julio", constituida por los trabajadores. Y con dicha póliza se firmó un segundo anexo (que sustituye al del Protocolo de Colaboración) (folios 75 y ss del CD obrante a folio 2856 del Tomo VIII) en el que aparecen como beneficiarias 37 personas entre las que figuran los llamados "intrusos", pero también la propia Patricia . Del mismo modo, se firmó un nuevo anexo al Reglamento General de Prestaciones a las Personas de la póliza NUM004 que ya incluye a esas 37 personas.

3.8.- Se formalizó, también el 1 de agosto de 2003, la póliza NUM005 en la que aparece como tomadora VITALIA en la que se incluyeron a los "intrusos" Ezequiel y Eusebio . No se puede alegar por la Presidenta del Consejo de Administración desconocimiento de la ilicitud de lo que estaba ocurriendo cuando se llegó al extremo de incluir en los beneficiarios de las ayudas a personas ajenas a propia empresa. El dato de su no pertenencia a la empresa no puede ser negado. Y ello supuso un coste de 234.537,87 euros que sufragó la Junta de Andalucía por ayudas a personas que nunca tuvieron relación laboral con ACYCO.

A este respecto hay que reparar en que, pese a que obviamente estas dos personas no estaban incluidas en el ERE, sin embargo, ya en Protocolo de Colaboración suscrito entre la Dirección General de Trabajo y ACYCO de fecha 26 de julio de 2003, anterior a la suscripción de las pólizas (como también en el Convenio de Colaboración entre la Dirección General y el IFA), ya estaban incluidos como beneficiarios estas dos personas ajenas a la empresa.

Resultan muy esclarecedoras las valoraciones que se hacen en la sentencia sobre este aspecto (FD 7, pág. 233 y pág. 236):

"La incorporación de estas dos personas en la decisión de ayuda a Acyco, se desprende, claramente, de su inclusión en el anexo al Protocolo de Colaboración ya mencionado, en el que se contiene el estudio actuarial realizado por Vitalia respecto a 36 beneficiarios, entre los que se encuentran ellos con los números NUM007 y NUM008 , ordenación que se corresponde con la numeración de los certificados individuales firmados por los interesados y Personal Life, al corresponderse los números NUM007 y NUM008 con los de dichos intrusos, siendo significativo que, al firmarse el anexo de 5 de agosto de 2003 que vino a sustituir al anterior incorporando a Patricia , en el listado de beneficiarios ella aparezca con el nº NUM006 , al igual que en el certificado individual firmado por la misma, lo que, igualmente, pone de manifiesto el conocimiento que ella tenía de la inclusión de Ezequiel y Eusebio como beneficiarios de la ayuda concedida."



...

"Tanto Patricia como Inocencio conocieron la inclusión de estos dos intrusos, y así se desprende del hecho de haber firmado la primera, en presencia del segundo, el Protocolo de Colaboración de la DGT con Acyco (folios 330 y siguientes del Tomo II del Anexo I y también en los folios 30 y siguientes del CD unido en el folio 2.856 del Tomo VIII de la causa), en el que venía anexo el estudio actuarial al que se remitía, donde se establecía el coste de la ayuda a recibir; anexo en el que aparecían incluidos los dos intrusos y no ella, habiendo advertido ambos acusados esta injustificada incorporación de personas ajenas a su empresa, como lo demuestra el correo remitido el día 20 de octubre de 2003 al despacho de Garrigues, advirtiéndole de dicha inclusión, así como se desprende de la posterior firma del anexo de 5 de agosto de 2003, en el que ya aparece Patricia y se mantienen los intrusos siendo el número de beneficiarios 37. Además, ambos acusados han dado sobradas muestras de conocer a todas las personas integrantes de la sociedad laboral de la que ambos eran socios y ostentaban cargos de relevancia (presidenta y responsable de recursos humanos) desde hacía muchos años, sin que resulte creíble que no se percataran que el número de futuros asegurados era diferente al pactado en el Acuerdo de la empresa, en el ERE y en el Anexo del Protocolo."

3.9.- Intervino para que se formalizara la Adenda de 8 de julio de 2004 al Convenio de Colaboración Dirección General-ACYCO de 10 de febrero de 2004 para concesión de una ayuda por importe de 243.600 € (incluidos 33.6000 € de IVA) que, en realidad, perseguía el pago de una factura formalmente emitida por la "Asociación 3 de Julio" con lo que, supuestamente, se pretendía abonar a siete socios de ACYCO la cantidad de 210.000 € que, también supuestamente, habrían adelantado para el pago del primer plazo de la póliza NUM000. Hay que reparar en que el primer plazo de la póliza tenía fecha de vencimiento de 1 de agosto de 2003 y el Convenio de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y el IFA se suscribe con posterioridad, el 10 de febrero de 2004. También de estos concretos hechos Patricia se benefició.

Pues bien, sobre tal supuesto adelanto (alegado por la recurrente) se dice en la sentencia (FD 9, pág. 251):

"Ninguna documentación acredita que efectivamente se produjera este adelanto por parte de siete socios de Acyco (los acusados Patricia y Inocencio y 5 socios más, algunos de los cuales habían obtenido otro crédito con el que adquirir las acciones laborales de los trabajadores que habían dejado la empresa), ni que, caso de haber efectuado efectivamente tal adelanto, existiera un compromiso de restitución por parte de la Junta de Andalucía. Tampoco cuál fue la vía (transferencia, efectivo etc.) por el que se hizo efectivo este adelanto, en qué fecha, a quien se transfirieron esos 210.000 €, o de donde proviene esa cantidad cuando la cuantía del primer plazo consignado en la póliza NUM000, tanto en el primero como en el segundo certificado Anexo a la misma (de 1 y 5 de agosto de 2003, respectivamente), era de 204.344,12 € (entre otros, folios 30 y siguientes y 75 y siguientes del CD unido en el folio 2.856 del Tomo VIII de la causa).

Sobre este particular el acusado Inocencio declaró en el acto del juicio que en el año 2003, Patricia, él y más trabajadores, compraron acciones laborales para lo cual él pidió un préstamo. En relación con la póliza NUM000 relató que recibieron una llamada en la que les informan que hacían falta 210.000 €, por lo que siete socios pusieron 30.000 euros cada uno, ya que Acyco no podía hacer desembolsos y tampoco "le hacía gracia pedir un crédito para otros". Él no pidió explicaciones, teniendo la promesa de Dionisio, tras contactar con Patricia, de la devolución por parte de la Junta, aunque no existió ningún documento en que así se acordara. Finalmente el dinero lo obtuvieron a través de la Asociación 3 de julio, sin que su presidente conociera la existencia de la factura de 210.000 €. El primer pago a los trabajadores acogidos a las prejubilaciones se haría en septiembre tras la suscripción de la póliza, ignorando si ese dinero que se dice adelantado, se pagó a Vitalia o a la aseguradora. Alamino niega rotundamente que se les pidiera que anticiparan 210.000 euros ni cantidad alguna, no siendo razonable que ello ocurriera."

En este contexto la recurrente Patricia es quien remite una carta de fecha 20 de febrero de 2004 (folio 1160 del Tomo I y folio 387 del Tomo II del Anexo I) en la que se dirige al Director General en términos muy cordiales, acompañando la factura formalmente emitida por la "Asociación 3 de Julio" y reclamando su pago.

La factura es de fecha 27-01-2004 y número NUM011 (folios 161 del Tomo I de la causa o en los folios 393 y 388 del Anexo I, Tomo II), aparece expedida por la "Asociación 3 de Julio", va dirigida a la Junta de Andalucía por el concepto "AYUDAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA ASOCIACIÓN" y fija un importe de 210.000 € más 33.600 € de IVA (16%), en total de 243.600 €, estableciéndose como forma de pago la realización de transferencia bancaria a la cuenta de la "Asociación 3 de Julio". El Presidente de la Asociación, Juan Pablo, testificó negando rotundamente conocer tales circunstancias y haber emitido la factura.

La Adenda se suscribe y la factura se emite para dar cobertura formal a la orden de pago de 7 de julio de 2004. Y como resultado de ello, la propia recurrente Patricia resultó directa y personalmente beneficiada. La sentencia, tras un análisis detallado y exhaustivo de todos los aspectos relacionados con esta secuencia de hechos que abarca todo el Fundamento de Derecho Noveno, concluye (FD 9, pág. 270 y 271) en lo que respecta a Patricia:



"Lo que sí estimamos acreditado, es la concesión de una ayuda articulada en la Adenda y que esta Adenda al Convenio inicial con el IFA (de 10 de febrero de 2004) fue otorgada por el entonces Director General de Empleo, Dionisio , ya fallecido, a favor de la Asociación 3 de julio con base a una factura falsa por importe de 243.600 €, de los que 33.600 indebidamente correspondían al IVA, resultando que su objeto era abonar la cantidad de 210.000 € y siete socios de Acyco sus verdaderos destinatarios, entre los que se encontraban Patricia y Inocencio , que supuestamente habrían adelantado ese importe para el pago del primer plazo de la prima de la póliza relativa a las prejubilaciones de los trabajadores de la mencionada empresa, resultando que Dionisio otorgó esta ayuda con la colaboración de los acusados Patricia , Roque y Inocencio , en los términos en que se han expuesto anteriormente. Además, Inocencio tuvo una especial intervención en el cobro del anticipo, contactando con Juan Pablo para que éste le reintegrara los 243.000 euros que habían sido ingresados en la cuenta de la Asociación, quedando los 33.600 euros en la cuenta corriente por la perseverante insistencia de Juan Pablo que impidió que con ese dinero se debía liquidar el IVA repercutido e ingresarlo en la Hacienda Pública al enseñarle Inocencio la factura, ingreso que se verificó mediante transferencia de 28 de enero de 2005.

La orden de pago a la "Asociación 3 de Julio" se produjo el día 2207-2004 (folios 2.708 y ss, Tomo VI, del Rollo de Sala). Según la propia cartilla entregada por Juan Pablo en el acto del juicio, el ingreso se produjo el día 29 de julio de 2004, y ese mismo día se retiraron 210.000 € y el día 28-01-05 se efectuó un abono de 33.600 € en concepto de impuestos."

3.10.- Se suscribe una nueva póliza NUM002 en la que figura como tomadora la "Asociación 3 de Julio", ampliatoria de la NUM000 , en favor de 3 trabajadores de ACYCO entre los que se encuentra la propia Patricia con el compromiso de abono a cargo de la Junta de Andalucía de 24.542,2 € (folios 389 y 391 y ss). El presidente de esta asociación, Juan Pablo , ni la suscribió ni conoció su existencia.

Sobre esta póliza resultan reveladoras las conclusiones a las que llega la Audiencia Provincial en la sentencia (FD 10, págs. 273 y 277):

"En el estudio actuarial realizado por Fortia Vida (folio 390, Tomo I de las actuaciones), de 25-01-07 con fecha de efecto 1-02-07, se hacía una valoración de las diferencias respecto a estos tres extrabajadores de Ácyco. Así respecto a Candida se hacía constar que había existido un error en la fecha de nacimiento facilitado por Acyco; en lo que concierne a Marco Antonio se contiene la cobertura de la renta complementaria hasta los 65 años de edad de 150 euros. Finalmente, en cuanto a Patricia , se reflejaba que la causa de su inclusión en esta póliza adicional era la denegación del subsidio de desempleo, reflejándose como coste de la prima al contado, respecto de ella, 10.937,35 € y el coste financiado de 11.009,13 €. Sin embargo, según el informe de la Dirección General de Seguros el coste final de la prima al contado sería de 12.673 €. Por tanto el motivo de la inclusión de Patricia en este suplemento, a sumar a lo que ya obtenía en virtud de la póliza NUM000 , es la denegación del derecho a percibir el subsidio de desempleo, lo que se compensaba con esta nueva póliza."

...

"Todo ello con independencia del indebido incremento de las percepciones percibidas por Patricia , pues al "complemento" que suponía la presente ampliación de la póliza NUM002 , habría que añadir las percepciones en virtud de la póliza NUM000 , no obstante mantener de forma remunerada su vinculación con Acyco, ejerciendo de Presidenta del Consejo de Administración hasta el año 2011."

Y, además, el abono de las cantidades derivadas de esta póliza se realizó por el irregular denominado sistema de "pagos cruzados" (se explica con detalle en el Fundamento de Derecho Décimo) por el cual los fondos asignados a la cobertura de una póliza concreta se aplican después al pago de otra póliza distinta de la misma empresa o de otra diferente, lo que provoca, según conclusiones de la pericial de la Intervención General de la Administración del Estado, "entre otros efectos contrarios a la ley, la absoluta falta de control en el pago de las ayudas, dado que los pagos así realizados no tienen reflejo contable alguno ni en la contabilidad de IDEA ni en la de la Junta de Andalucía. Consecuentemente, dicho pago no figura en el detalle de ayudas comprometidas y pagadas facilitado por IDEA para para la realización de este informe pericial".

3.11.- Pese a estar incluida como beneficiaria de la póliza NUM000 y ampliación NUM002 la recurrente siguió vinculada a la empresa como Presidenta del Consejo de Administración percibiendo retribuciones por asistencia a Consejos de Administración de 2004 a 2010 (información AEAT) en abierta contradicción con la pretendida finalidad de las ayudas que era garantizar la cobertura económica de los trabajadores afectados en tramos de población que, por edad, tienen dificultades para la reinserción social.

3.12.- Ahora ya en el contexto de la "subvención excepcional" acordada por el Director General de Trabajo, Calixto , en fecha 24 de marzo de 2010 por importe de 109.620 € en relación con la minuta del despacho GARRIGUES, destacar, primeramente, que en la encomienda de los trabajos al despacho participa y decide



la recurrente Patricia . Y que en estas previas conversaciones el "producto" ofrecido por el acusado Roque incluía que los gastos de gestión y asesoramiento del despacho corrían a cargo de la Junta de Andalucía.

Así se refleja con claridad en el escrito de fecha 28 de septiembre de 2006 que manda el Director General, Dionisio , a Roque (folio 500 de la pieza de ACYCO, Tomo I; pág. 283 de la sentencia): "...Nos complace informarles que se ha procedido a transferir el importe íntegro de la prima correspondiente a la Póliza de Seguro de Rentas suscrita por la Asociación "3 de Julio" en relación con el proceso de reestructuración laboral y subsiguiente plan de prejubilaciones desarrollado en ACYCO S. A. L. Con este importe se atienden los compromisos económicos asumidos en su día por esta Consejería a fin de que con los mismos se diera cobertura los costes asociados a dicho proceso de los gastos derivados del mismo, entre los que se incluía su asesoramiento técnico".

Patricia mantuvo diversas entrevistas con el Director General, Calixto , para tratar de la factura de GARRIGUES (declaración de Calixto).

Patricia era la Presidenta del Consejo de Administración de ACYCO y con ella colaboró en todos los hechos el también acusado Inocencio , quien ejercía funciones de menor jerarquía en la empresa (socio, apoderado, director de recursos humanos) y que, tal y como se narra con detalle en el Fundamento de Derecho Décimo Primero y se referirá con ocasión de la impugnación del motivo formalizado por éste, tuvo un papel activo y protagonista en estos hechos procurando la forma en que se habría de abonar el importe de la minuta.

Es Patricia quien firma la solicitud de subvención antedatada enmascarando su finalidad bajo una supuesta ayuda sociolaboral para 144 trabajadores de ACYCO. De nuevo, son reveladoras las explicaciones de la sentencia (FD 11, págs. 288 y 289):

"En los antecedentes de hecho de dicha Resolución se hacía constar que la fecha de la solicitud de Acyco es de 22 de marzo de 2010, fecha en la que ni está en las actuaciones ni coincide con la "peculiar" solicitud que aparece fechada el 9 de marzo de 2009 por parte de Patricia y que no tiene sello de registro de entrada en la DGT."

...

"Con base en esa insólita memoria justificativa, sin presentación de solicitud por parte de Acyco, ni de documento alguno de los indicados a Inocencio , el día siguiente, 24 de marzo de 2010 se dictó por Calixto la resolución de concesión de la subvención, como decimos, por el importe exacto de la minuta de Garrigues, 109.620 euros, siendo, posteriormente, cuando Patricia firmó la solicitud, que se presentó antedatada y que, para enmascarar su auténtico fin, fijaba como cantidad reclamada 125.000 euros: solicitud que se unió al expediente sin pasar por el registro de entrada de documentos de la DGT"

Todo lo anterior se cierra con los datos siguientes que no son cuestionados (FD Décimo Primero): 1. Patricia no informó de la solicitud de subvención al Consejo de Administración de ACYCO; 2. La cuenta corriente indicada en el formulario de solicitud y en la propia resolución como cuenta bancaria de abono era ajena a ACYCO, siendo sus titulares 47 socios de esta empresa entre los que se encontraba la misma Patricia ; 3. El abono de la cantidad se produjo el 13 de octubre de 2010 mediante ingreso en la cuenta indicada por Patricia , de donde se traspasan 2.000 € el 17 de octubre de 2010 a GARRIGUES y se emite el 18 de octubre del mismo año un cheque por importe de 80.000 € también a GARRIGUES.

3.13.- En base a lo razonado, el motivo deviene improsperable, pues en cuanto a la invocación del principio in dubio pro reo en casación, hemos dicho - STS 666/2010, de 14-7- que dicho principio nos señala cuál debe ser la decisión en los supuestos de duda, pero no puede determinar la aparición de dudas donde no las hay, existiendo prueba de cargo suficiente y válida, si el Tribunal sentenciador expresa su convicción sin duda razonable alguna, el referido principio carece de aplicación (SSTS 709/97, de 21-5; 1667/2002, de 16-10; 1060/2003, de 25-6).

En este sentido, la STS 999/2007, de 26-1, recordaba que "el principio in dubio pro reo no tiene acceso a la casación por suponer una valoración de la prueba que está vedada a las partes, con arreglo a lo establecido en el art. 741 LECrim", pero esta doctrina quiebra cuando es la propia Sala sentenciadora la que en sus razonamientos nos muestra unas dudas evidentes. En estos casos sí es posible examinar en casación la existencia y aplicación de tal principio favorable al reo. Por tanto el principio in dubio pro reo sí puede ser invocado para fundamentar en casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de la duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al Tribunal que dude, ni puede pedirse a los jueces que no duden. La duda del Tribunal, como tal, no es revisable en casación, dado que el principio in dubio pro reo no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda.

En el supuesto que nos ocupa, el Tribunal no se ha planteado o reconocido la existencia de dudas en la valoración de la prueba sobre los hechos, ni por tanto las ha resuelto en contra de la acusada.

CUARTO.- Motivo tercero Patricia .

Se articula por infracción de ley, con fundamento en el art. 849.2 LECrim, error en la apreciación de la prueba.

Señala como documento acreditativo del error el fax obrante al folio 276 Tomo I, mediante el cual esta recurrente y el también acusado Inocencio , comunicaron al despacho de abogados Garrigues, que era el encargado del expediente, la existencia de dos personas, como beneficiarias de las ayudas, que no habían trabajado para la empresa ("intrusos").

El motivo debe ser desestimado.

4.1.- El documento carece de la necesaria "litosuficiencia" que exige la doctrina jurisprudencial ya expuesta en orden al error en la apreciación de la prueba del art. 849.2 LECrim. Es un documento puntual sobre un concreto aspecto que por sí mismo no es apto para desvirtuar las pruebas valoradas por la Audiencia para sustentar la condena.

El hecho de poner en conocimiento del Despacho la existencia de dos "intrusos" no exime a la recurrente de su responsabilidad. Por el contrario revela que efectivamente la recurrente estaba al tanto de esa grave irregularidad, y pese a ello se mantuvo a aquellos que fueron beneficiarios de la póliza NUM001 y percibieron las correspondientes cantidades.

Siendo así, como hemos razonado en el motivo anterior y explicita el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, Patricia era Presidenta del Consejo de Administración de ACYCO y conoció, instó y/o intervino directamente, desde inicio hasta el final, en todos y cada uno de los documentos y trámites que se fueron sustanciando hasta obtener el cobro de las ayudas: Solicitud de ERE con el acta de acuerdo con los trabajadores que incluía el Plan de jubilaciones con seguro de renta vitalicia; Documento de compromiso de la Dirección General de Trabajo de 8 de mayo de 2003; Protocolo de Colaboración de 26 de julio de 2003 (con remisión al anexo-estudio actuarial de 31 de julio de 2003); Convenio de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y el IFA para articular las ayudas a ACYCO; pólizas NUM000 , NUM002 y NUM005 con sus anexos y listados de trabajadores beneficiados, entre los que se encontraba la propia recurrente, incluida al mismo tiempo en las NUM000 y NUM002 ; Adenda al Convenio con el IFA y factura de la "Asociación 3 de julio"; y subvención excepcional para el pago de la minuta del despacho GARRIGUES.

Y es que la comunicación al despacho GARRIGUES en modo alguno le resta responsabilidad puesto que el letrado de este despacho que se encargó de las ayudas a ACYCO también ha sido condenado por los hechos. La sentencia relata una secuencia de hechos, larga y compleja, en los que tienen participación conjunta y coordinada los responsables de la administración que pagaba las ayudas, los de la empresa que se beneficiaba de las mismas, los directivos de las aseguradoras que vehiculaban los pagos y el letrado del despacho de Abogados que proponía, coordinaba y gestionaba y que también (el despacho) obtuvo pagos irregulares de la Junta de Andalucía por tales gestiones. En este contexto, alegar que existió una comunicación entre la recurrente, responsable de la empresa beneficiaria, y el despacho de Abogados, que se ocupó de principio a fin de gestionar y coordinar todas las actuaciones necesarias para obtener los fondos, resulta completamente inane y no hace sino confirmar el esquema de actuación descrito en la sentencia.

QUINTO.- Motivos primero y segundo Inocencio .

Al amparo del art. 852 LECrim, art. 5.4 LOPJ, denuncia infracción del art. 24.2 CE, por no existir actividad probatoria válida de cargo en que fundar un fallo condenatorio. Al amparo art. 852 LECrim, art. 5.4 LOPJ, infracción art. 24.2 CE, por no existir una actividad probatoria válida de cargo en que fundar un fallo condenatorio, en relación a los delitos de prevaricación, falsedad y malversación en concurso ideal. Subvención excepcional.

5.1.- La sentencia de la Audiencia Provincial, fundamento de derecho décimo tercero, le atribuye responsabilidad penal por su participación como cooperador necesario en los delitos que derivan de los hechos relativos a la concesión de las ayudas socio-laborales a ACYCO, suscripción y pago de las primas de pólizas NUM004 y NUM005 , Adenda de 7 de julio de 2004 al Convenio de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y el IFA de 10 de febrero de 2004 y subvención excepcional de 24 de marzo de 2004 relacionada con el pago de la factura del despacho GARRIGUES.

Formaliza dos motivos separados, el segundo sobre la subvención excepcional de 24 de marzo de 2004 (minuta GARRIGUES) y el primero en relación con el resto de hechos que se le atribuyen. Ambos se formalizan al amparo de los arts. 852 LECRIM y 5.4 LOPJ con una común invocación del derecho a la presunción de inocencia. Así pues, serán analizados e impugnados de forma conjunta en este mismo apartado.



5.2.- Los motivos desarrollan una misma línea argumental consistente en devaluar su incuestionable contribución a los hechos, intentando reducir su papel en los mismos a los de un mero gestor o tramitador, ajeno o desconocedor del carácter irregular y fraudulento de lo que aconteció.

En este sentido alega que se limitó a gestionar y tramitar un ERE que venía impuesto por la situación de la empresa, en base a un plan de viabilidad y con el asesoramiento de un despacho de Abogados. Respecto del Documento de compromiso del Director General de Trabajo de 8 de mayo de 2003 precisa que se limitó a colaborar como técnico en su gestión y tramitación y a mantener las necesarias reuniones, pero ignorante de la irregularidad futura en que habría de desembocar. En este mismo sentido alega que el sistema de financiación que se utilizó estaba diseñado desde la propia Administración Pública y se venía utilizando desde hacía años. Afirma que no hay prueba de que conociera que la suscripción del Protocolo y Convenio así como de las primas estuviese orientada a una financiación "irregular y prevaricadora".

Respecto a la inclusión de los "intrusos" no niega su conocimiento, sino que intenta exculparse alegando que lo comunicó al despacho GARRIGUES mediante un fax que él mismo envió. En relación con la Adenda precisa que de ello no ha obtenido lucro personal alguno y puntualiza que lo relativo a dicha Adenda no es un hecho delictivo autónomo, sino que los pagos por la misma se incluyen en la cantidad total abonada por las pólizas de renta. También en relación con estos concretos hechos, califica la factura que se elaboró y emitió de mero "mecanismo desafortunado" por innecesario y discute las apreciaciones de la sentencia poniendo en cuestión que el adelanto de dinero se produjera.

Sobre la incorporación a las pólizas de la acusada Patricia argumenta que ya estaba incluida en los listados de trabajadores del expediente administrativo originario del ERE y que es ajeno al hecho de que siguiera o no vinculada a la empresa y percibiendo retribuciones.

Finalmente, en relación con la subvención excepcional vinculada a la minuta de GARRIGUES, explica que el cruce de correos en los que interviene y a los que hace referencia la sentencia es solo una manifestación de su celo profesional en el cumplimiento de los trámites que era necesario realizar y tenía encomendados.

Argumentación inconsistente.

5.3.- El recurrente no es un mero gestor o tramitador que se limita a ejecutar sin más lo que le ordenan sus superiores. Es socio, apoderado, abogado y director de recursos humanos de la empresa. Su intervención no es puntual o episódica, sino continua y permanente desde el inicio al final de los hechos. Solo no aparece en la póliza NUM002. Su actuación se desarrolla de la mano, coordinadamente y en paralelo a la de la Presidenta del Consejo de Administración, la acusada Patricia, quien le identifica como asesor y revisor de todas sus decisiones. Suscribe documentos de singular relevancia y mantiene comunicación directa y reuniones con los responsables de la Administración. Se relaciona y gestiona de forma conjunta con los representantes de la aseguradora VITALIA y también con el Abogado del despacho GARRIGUES.

Como ya se ha precisado en la impugnación al motivo de la acusada Patricia, que el sistema hubiese sido diseñado desde la Administración y estuviese en funcionamiento no exime de responsabilidad si, como es el caso, su carácter irregular y fraudulento era evidente y se utiliza conscientemente para beneficiarse de él en connivencia con las autoridades que lo sustentaban. Y si no hay beneficio personal, sí que resultó beneficiada la empresa para la que el acusado trabajaba, ACYCO. Y es que para hacer efectivo el sistema y materializar la ilícita distracción de fondos es necesario, ello es obvio, el concurso de particulares que formulen solicitudes, suscriban protocolos o convenios, se incorporen como beneficiarios de las primas o presenten facturas o minutas para, en definitiva, hacer suyos, en beneficio propio o de terceros, los fondos públicos.

A los efectos del argumentario del motivo resulta indiferente el debate en torno a si la Adenda es o no un hecho delictivo autónomo o está integrado en el conjunto de las pólizas. Las clamorosas irregularidades que rodean este episodio con la elaboración de una factura mendaz revelan el contexto fraudulento y al margen de la ley en que se desarrollaban los hechos. Y es un episodio en el que Inocencio aparece como integrante del grupo de socios que, bajo la excusa del adelanto del primer plazo de la prima, obtienen en su favor la cantidad facturada. Resulta, igualmente, irrelevante que comunicara al despacho GARRIGUES la existencia de los "intrusos" si, como es el caso, se les mantuvo como beneficiarios de las ayudas y el abogado del propio despacho GARRIGUES formó parte del concierto entre todos los acusados para llevar a cabo los hechos.

5.4.- En cuanto a los datos probatorios referidos en la sentencia recurrida para entender acreditada la participación consciente y voluntaria de este recurrente en los hechos y delitos que se le imputan, podemos destacar:

5.4.1.- Inocencio es socio, apoderado, abogado y director de recursos humanos de ACYCO y la persona encargada de tramitar y gestionar el ERE y la obtención de las ayudas sociolaborales. No consta persona distinta a los acusados Inocencio y Patricia que, en representación de ACYCO, haya intervenido en momentos

relevantes. Patricia se refiere a Inocencio como su consejero en todo lo relacionado con los hechos que nos ocupan.

5.4.2.- Presenta el 3 de julio de 2003 ante la Delegación Provincial de Empleo de la Consejería de Empleo en Sevilla la solicitud de Expediente de Regulación de Empleo de ACYCO por causas productivas y organizativas para la extinción de la relación laboral de 35 trabajadores entre los que se encontraba la también acusada Patricia como personal fijo en el puesto de jefe de organización (listado folio 15 del Anexo I; folio 102 del Anexo I).

5.4.3.- Figura como representante de ACYCO en el acuerdo suscrito entre la empresa y los trabajadores que se plasmó en el acta de 2 de julio de 2003 acompañada a la solicitud del ERE donde ya se indicaba que "en la medida en que la inclusión en el citado Plan de Prejubilaciones suponen un importe superior a la indemnización legal que pudiera corresponder al trabajador, la aceptación de las condiciones del mismo supone la exclusión de cualquier otro derecho indemnizatorio que pudiera corresponderle por la extinción de contrato de trabajo frente a su empresa". También se contemplaba en el documento la constitución de una Asociación compuesta por los trabajadores afectados que suscribiría como tomadora un seguro de rentas cuyos asegurados y beneficiarios serían los trabajadores. De esta forma, ACYCO quedaba liberada de las obligaciones derivadas de las relaciones laborales con sus trabajadores pues las primas de las pólizas serían sufragadas en su totalidad por la Junta de Andalucía.

5.4.4.- Inocencio junto con la acusada Patricia mantuvo las previas conversaciones con el abogado del despacho GARRIGUES, el también acusado Roque, aceptando su ofrecimiento de prestación de servicios profesionales de asesoramiento y gestión del ERE y de las ayudas sociolaborales bajo la premisa de costes "0" para ACYCO, incluidos los derivados de la elaboración del Plan de Viabilidad por Deloitte & Touche y de los servicios del propio despacho GARRIGUES.

5.4.5.- Interviene en los contactos y negociaciones mantenidas con el entonces Director General de Trabajo, Dionisio, para alcanzar el Compromiso de 8 de mayo de 2003 entre ACYCO y la Dirección General de Trabajo. Así consta en el documento firmado por el Director General (Tomo VIII, CD del folio 2856):

"Tras las reuniones mantenidas con representantes de ACYCO, S.A.L. Así como los compromisos adquiridos como apoyo al relanzamiento de la actividad y a la vista de la viabilidad de futuro que de acuerdo con el Plan redactado tiene la misma, esta Dirección General de Trabajo y Seguridad Social apoyará el mismo mediante la concesión de ayudas sociales a los trabajadores excedentes de la readaptación de plantilla, mayores de 52 años (sic).

Una vez confeccionado el Cálculo actuarial del coste de dichos trabajadores, nos reuniremos la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, el Comité de Empresa y la Dirección de la misma para acordar y formalizar las condiciones que se pacten".

En el documento no se menciona el ERE como tampoco en este (Tomo 7, folios 2.392 a 2.804) (ni en la resolución del Delegado Provincial de Sevilla de la Consejería de Empleo aprobando el ERE) se hace referencia a la existencia de las ayudas sociolaborales comprometidas.

5.4.6.- Está presente en la firma del Protocolo de Colaboración de 26 de julio de 2003 suscrito por la Dirección General y ACYCO (folio 155 del Tomo I y folio 30 y ss del CD unido en el folio 2.856 y ss del Tomo VIII, así como folios 326 y ss del Anexo I).

El Protocolo se remite a un anexo que lleva fecha posterior (31 de julio de 2003) consistente en un estudio de VITALIA que fija la fecha de inicio, niveles de cobertura, edad de las personas afectadas y costes de la prima. Igualmente, aparecen en el listado de beneficiarios dos personas, los denominados "intrusos", Eusebio y Ezequiel, que nunca mantuvieron relación laboral con ACYCO. No figura, en cambio, Patricia.

Recuérdese que en el Convenio de Colaboración de 10 de febrero de 2004 entre la Dirección General de Trabajo y el IFA tampoco figuraba Patricia, pero sí los "intrusos".

5.4.7.- Fruto de los compromisos anteriores se suscribió la póliza de renta colectiva NUM000 (folios 338 y ss y folios 43 y ss del CD obrante al folio 2.856 del Tomo VIII) con la compañía Personal Life, con fecha de efectos 1 de agosto de 2003, que se financia íntegramente por la Junta de Andalucía pese a que figura como tomadora la "Asociación 3 de Julio" constituida por los trabajadores afectados.

Vinculada a esta póliza se firmó un segundo anexo de fecha 5 de agosto de 2003 (folios 75 y ss del CD obrante al folio 2.856 del Tomo VIII), que sustituye al anterior, en el que figuran los 37 beneficiarios de la póliza entre los que se encuentran los dos "intrusos" y la propia Patricia.



Es de destacar que también se firmó un nuevo anexo al Reglamento General del Prestaciones a las personas de esta póliza también de fecha 5 de agosto de 2003 (folio 343, Tomo I). Y en este anexo aparece una firma bajo el sello de la "Asociación 3 de Julio" que no se corresponde con la de su Presidente, Juan Pablo .

Dado el papel que a lo largo de todos los hechos desempeña Inocencio en representación de ACYCO, su condición de asesor directo de Patricia y su cargo de director de recursos humanos, resulta una evidencia (de hecho, el recurrente no lo niega) que conoció la presencia como beneficiarios de esta acusada y de los intrusos. Como también que la vinculación de Patricia con la empresa continuó percibiendo cuantiosas retribuciones por la asistencia a Consejos de Administración.

5.4.8.- Se suscribe igualmente la póliza NUM001 , con fecha efectos 1 de agosto de 2003, a fin de dar cobertura como beneficiarios a los dos "intrusos". Aparece como tomadora VITALIA y el coste a cargo de la Dirección General de Trabajo.

En este momento, reproducimos de nuevo las consideraciones que al respecto se hacen en la sentencia (FD 7, pág. 233 y pág. 236):

"La incorporación de estas dos personas en la decisión de ayuda a Acyco, se desprende, claramente, de su inclusión en el anexo al Protocolo de Colaboración ya mencionado, en el que se contiene el estudio actuarial realizado por Vitalia respecto a 36 beneficiarios, entre los que se encuentran ellos con los números NUM007 y NUM008 , ordenación que se corresponde con la numeración de los certificados individuales firmados por los interesados y Personal Life, al corresponderse los números NUM007 y NUM008 con los de dichos intrusos, siendo significativo que, al firmarse el anexo de 5 de agosto de 2003 que vino a sustituir al anterior incorporando a Patricia , en el listado de beneficiarios ella aparezca con el nº NUM006 , al igual que en el certificado individual firmado por la misma, lo que, igualmente, pone de manifiesto el conocimiento que ella tenía de la inclusión de Ezequiel y Eusebio como beneficiarios de la ayuda concedida."

...

"Tanto Patricia como Inocencio conocieron la inclusión de estos dos intrusos, y así se desprende del hecho de haber firmado la primera, en presencia del segundo, el Protocolo de Colaboración de la DGT con Acyco (folios 330 y siguientes del Tomo II del Anexo I y también en los folios 30 y siguientes del CD unido en el folio 2.856 del Tomo VIII de la causa), en el que venía anexado el estudio actuarial al que se remitía, donde se establecía el coste de la ayuda a recibir; anexo en el que aparecían incluidos los dos intrusos y no ella, habiendo advertido ambos acusados esta injustificada incorporación de personas ajenas a su empresa, como lo demuestra el correo remitido el día 20 de octubre de 2003 al despacho de Garrigues, advirtiéndole de dicha inclusión, así como se desprende de la posterior firma del anexo de 5 de agosto de 2003, en el que ya aparece Patricia y se mantienen los intrusos siendo el número de beneficiarios 37. Además, ambos acusados han dado sobradas muestras de conocer a todas las personas integrantes de la sociedad laboral de la que ambos eran socios y ostentaban cargos de relevancia (presidenta y responsable de recursos humanos) desde hacía muchos años, sin que resulte creíble que no se percataran que el número de futuros asegurados era diferente al pactado en el Acuerdo de la empresa, en el ERE y en el Anexo del Protocolo."

5.4.9.- Inocencio conoce la existencia de la Adenda de 8 de julio de 2004 al Convenio de 10 de febrero de 2004 que, como se explica detalladamente en el Fundamento de Derecho Noveno de la sentencia, sirvió para el abono de una factura por importe de 243.600 € (210.000 € más 33.600 € correspondientes al IVA) que formalmente aparecía emitida por la "Asociación 3 de Julio" con el mendaz concepto de "Ayudas para la promoción de la Asociación". La factura fue por completo desconocida por el Presidente de la asociación que, igualmente, fue ajeno a todo lo relativo a la emisión de la misma y a la finalidad que perseguía tal emisión y pago (declaraciones del testigo Juan Pablo , Presidente de la Asociación).

Como también explica la sentencia y reconocen todos los implicados, se trataba, supuestamente, de compensar el pago adelantado del primer plazo de la prima de la póliza NUM000 que habrían hecho siete socios de ACYCO entre los que se encontraban los propios Patricia y Inocencio .

Volvemos a reproducir la valoración de la sentencia sobre este adelanto (FD Noveno, pág. 251).

"Ninguna documentación acredita que efectivamente se produjera este adelanto por parte de siete socios de Acyco (los acusados Patricia y Inocencio y 5 socios más, algunos de los cuales habían obtenido otro crédito con el que adquirir las acciones laborales de los trabajadores que habían dejado la empresa), ni que, caso de haber efectuado efectivamente tal adelanto, existiera un compromiso de restitución por parte de la Junta de Andalucía. Tampoco cuál fue la vía (transferencia, efectivo etc.) por el que se hizo efectivo este adelanto, en qué fecha, a quien se transfirieron esos 210.000 €, o de donde proviene esa cantidad cuando la cuantía del primer plazo consignado en la póliza NUM000 , tanto en el primero como en el segundo certificado Anexo a la



misma (de 1 y 5 de agosto de 2003, respectivamente), era de 204.344,12 € (entre otros, folios 30 y siguientes y 75 y siguientes del CD unido en el folio 2.856 del Tomo VIII de la causa)."

Inocencio participa en este episodio de manera activa y protagonista. Alega que participa en el adelanto, lo cual no deja de ser sorprendente dado que no está incluido en las pólizas, en las ayudas ni en el ERE. Mantuvo contactos con el acusado Ovidio (VITALIA) al respecto, tal y como este declara. Patricia remitió la carta de 20 de febrero de 2004 acompañando la factura de cobertura al Director General de Trabajo y sobre tal cuestión afirma que lo hizo porque se lo indicaron y que ella no hacía nada sin la revisión de Inocencio y de GARRIGUES.

Inocencio niega que elaborara y emitiera la factura, pero conoció su existencia y contenido. Y así, remitió un fax a Roque con fecha 5 de julio de 2004 adjuntándole la factura (folio 392 Tomo II, Anexo I) (FD 9, pág. 255 de la sentencia).

Igualmente, la sentencia se hace eco de las manifestaciones del Presidente de la asociación, Juan Pablo, que revelan la clara implicación del recurrente en este capítulo (FD 9, págs. 255 y 256):

"A este respecto Juan Pablo ha declarado que la asociación se constituyó, a instancias de la empresa, por los 35 trabajadores que se acogieron a la prejubilación, poniéndolo a él como presidente porque era el de mayor edad, siendo Inocencio quien redactó los estatutos y se los entregó, encargándose también de la inscripción en el Registro, ignorando porqué la asociación aparece como tomadora de las pólizas. Relata que los 35 miembros de la Asociación abrieron una cartilla en el banco con el propósito de ingresar en ella cada uno una pequeña cantidad "para darse una comilona", sin que la misma tuviera sede física, ningún tipo de actividad y nunca recibió subvención alguna, hasta que un día le llamaron del banco diciéndole que había dinero en la cartilla, a lo que respondió que lo devolvieran a quienes lo hubieran "metido" y que se pagara a Hacienda lo que se debiera. Después Inocencio le dijo que el dinero era de ellos, del Consejo de Administración, acompañándole al banco para hacerle entrega del mismo, luego devolvió 6 euros a los socios, teniendo que insistir mucho a Inocencio para que se destinara a la Agencia Tributaria los 33.600 € que él creía que se correspondían con el IVA, mostrando Inocencio muchas reticencias a hacerlo.

Exhibida la factura manifiesta que no la había visto nunca antes de su declaración ante la Guardia Civil, que él no la había confeccionado y que tampoco les llegó (a la asociación) carta alguna de la compañía aseguradora alertando sobre el impago de la prima del seguro.

En suma, esta factura no fue realizada por la asociación, tampoco fue confeccionada a sus instancias, la citada asociación no tenía ninguna actividad susceptible de ser subvencionada, ningún servicio prestaba, ni pidió ayuda alguna, no coincidiendo la identidad de los 35 socios de la Asociación con la de los siete socios que supuestamente adelantaron el dinero, entre los que, por ejemplo, se encontraba Inocencio que no estaba afectado por el ERE, ni por las prejubilaciones de que se trata y que nada dijo sobre el resto de 33.600 € que no habían sido aportados por los siete socios entre los que se encontraba él, sin que haya quedado esclarecido el motivo de haber efectuado la factura por un importe superior al que se dice aportado por los siete socios."

Y las conclusiones de la sentencia, que volvemos a reproducir, son determinantes (FD 9, págs. 270 y 271):

"Lo que sí estimamos acreditado, es la concesión de una ayuda articulada en la Adenda y que esta Adenda al Convenio inicial con el IFA (de 10 de febrero de 2004) fue otorgada por el entonces Director General de Empleo, Dionisio, ya fallecido, a favor de la Asociación 3 de julio con base a una factura falsa por importe de 243.600 €, de los que 33.600 indebidamente correspondían al IVA, resultando que su objeto era abonar la cantidad de 210.000 € y siete socios de Acyco sus verdaderos destinatarios, entre los que se encontraban Patricia y Inocencio, que supuestamente habrían adelantado ese importe para el pago del primer plazo de la prima de la póliza relativa a las prejubilaciones de los trabajadores de la mencionada empresa, resultando que Dionisio otorgó esta ayuda con la colaboración de los acusados Patricia, Roque y Inocencio, en los términos en que se han expuesto anteriormente. Además, Inocencio tuvo una especial intervención en el cobro del anticipo, contactando con Juan Pablo para que éste le reintegrara los 243.000 euros que habían sido ingresados en la cuenta de la Asociación, quedando los 33.600 euros en la cuenta corriente por la perseverante insistencia de Juan Pablo que impidió que con ese dinero se debía liquidar el IVA repercutido e ingresarlo en la Hacienda Pública al enseñarle Inocencio la factura, ingreso que se verificó mediante transferencia de 28 de enero de 2005.

La orden de pago a la "Asociación 3 de Julio" se produjo el día 2207-2004 (folios 2.708 y ss, Tomo VI, del Rollo de Sala). Según la propia cartilla entregada por Juan Pablo en el acto del juicio, el ingreso se produjo el día 29 de julio de 2004, y ese mismo día se retiraron 210.000 € y el día 28-01-05 se efectuó un abono de 33.600 € en concepto de impuestos."

5.4.10.- También sobre el capítulo de hechos relativo a la concesión de la subvención excepcional de 24 de marzo de 2010 vinculada a la minuta del despacho GARRIGUES la sentencia atribuye responsabilidad a



Inocencio , de forma lógica y racional, en base a datos probatorios plurales. Se relacionan a continuación aquellos que son manejados a estos efectos en el Fundamento de Derecho Décimo Primero.

Correo de 28 de diciembre de 2007 (folios 461 y 462 Tomo II del Anexo I) en el que Roque se dirige a Modesto diciéndole: "Como sabes intente hablar contigo la pasada semana en relación con la tristemente famosa factura de Acyco que aún está "pendiente después de tantos años. Comenté el asunto con Inocencio al que copio en este correo; en este sentido le comenté vuestra propuesta para compensarles de dicho importe. Está esperando vuestra llamada para cerrar los términos".

Correo remitido por Inocencio a Roque (folio 3093; pág. 284 de la sentencia) en fecha 5 de febrero de 2008 diciendo: "En relación con la factura NUM003 de 29 de enero de 2004 por importe bruto de 109.620 euros te comunico que hemos iniciado gestiones a través de la Dirección general de Trabajo y Seguridad Social conjuntamente con Vitalia para articular la forma de pago. El viernes tengo la reunión con lo que próximamente te informaré del resultado de las gestiones. No obstante no creo que el plazo para regularizar la situación sea superior a 60-90 días. Evidentemente, me gustaría concretarte más el tema pero la singularidad del asunto es de todos conocida y la modificación de la composición del capital de Acyco tampoco ha ayudado. No obstante creo próxima la solución".

Inocencio era el Abogado de la empresa y asumió la dirección técnica en el procedimiento civil iniciado por GARRIGUES por demanda contra ACYCO reclamando el pago de la factura de honorarios (NUM003 por importe de 109.620 €). En ese procedimiento ACYCO solicitó la intervención en el proceso como codemandada de la Junta de Andalucía alegando que la encomienda de los servicios profesionales de GARRIGUES se hizo por la Junta de Andalucía.

Correo electrónico remitido el 22 de marzo de 2010 por Juan Luis , empleado de la Dirección General encargado de la tramitación de las ayudas sociol-aborales, a Inocencio indicándole los documentos que era necesario presentar para la tramitación de la subvención.

La solicitud de subvención se presenta firmada por Patricia que, hay repetir y recordar, actúa siempre bajo el asesoramiento de Inocencio .

El 31 de marzo de 2010, a las 10,33 horas, Inocencio dirige un correo a Juan Luis , en el que le anuncia la remisión de la documentación relativa la ayuda (solicitud, CIF, NIF del representante legal, escritura de constitución, memoria explicativa de la situación económico financiera, balances de sumas y saldos, listado de trabajadores etc.) indicándole que, dado el volumen de la documentación se lo va a enviar en sucesivos correos. (folio 588, Tomo II, Anexo I). Es decir, siete días después de haberse dictado la resolución de concesión de la ayuda, aún no se había cursado la solicitud ni se había cumplimentado la documentación que debía acompañarla (pág. 290 de la sentencia).

El mismo día 31 de marzo de 2010, a las 12,12 horas Juan Luis contesta al correo de Inocencio advirtiéndole que toda la documentación tiene que llegar por registro de entrada de la Consejería (recuérdese a este respecto que Inocencio pretendía remitir todo por correo electrónico, medio que impedía que en la documentación constara el sello del registro de entrada). Este correo de Juan Luis es en respuesta al de Inocencio de las 10.36 horas de dicho día, en el que éste, tras darle la contraseña para abrir los archivos, le pregunta "dime por favor si necesitamos registrarla solicitud" (folio 590, Tomo II, Anexo I), y el 5 de abril de 2010 Juan Luis remite nuevo correo a Inocencio en el que le indica que necesita un listado con el nombre y NIF de los trabajadores (folio 592, Tomo II, Anexo I) (pág. 290 de la sentencia).

Inocencio , al igual que la acusada Patricia , no informaron al Consejo de Administración de ACYCO de la solicitud y concesión de esta ayuda excepcional.

La cuenta corriente indicada en el formulario de solicitud y en la propia Resolución de Concesión como cuenta bancaria de abono, era una cuenta corriente ajena a la empresa ACYCO, siendo sus titulares 47 socios de la empresa entre los que se hallaban Patricia y Inocencio .

En base a lo razonado, existe prueba de cargo suficiente, y la inferencia de la participación de este recurrente en los hechos realizada por el Tribunal a quo resulta natural, lógica y racional y conforme a las reglas de la experiencia.

SEXTO.- Motivo segundo Modesto .

- Al amparo de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim en cuanto a la vulneración de la presunción de inocencia.



6.1.- Tal y como se establece en el fundamento de derecho décimo tercero de la sentencia de la Audiencia, considera penalmente responsable a este recurrente por su participación en los hechos relativos a la suscripción y consecuentes pagos por la Administración de las pólizas NUM000 , NUM002 y NUM001 .

6.2.- Se afirma en el motivo, con carácter general, que la valoración de la prueba de cargo y el juicio de imputación realizado por el Tribunal no cumplen con el necesario canon de razonabilidad y certeza exigido por el derecho a la presunción de inocencia.

Partiendo de esta afirmación general en el motivo se cuestionan determinadas valoraciones realizadas en la sentencia sobre el recurrente, pero referidas a datos muy puntuales y sobre aspectos muy accesorios, sin interrelacionarlo con el resto del material probatorio y la valoración que en relación a la participación de este recurrente se desarrolla en los fundamentos de derecho sexto, séptimo, noveno y décimo.

Intenta el recurrente desvincularse de los hechos amparándose en que su puesto de trabajo se hallaba en Madrid, siendo el también acusado Ovidio quien se hallaba en Sevilla. Pero no puede obviarse que Modesto era el superior jerárquico de Ovidio y que ambos mantenían contactos y que el primero intervino directamente en la gestión de las ayudas socio-laborales.

Niega que haya prueba de que VITALIA fuera escogida de mutuo acuerdo por Roque y Dionisio y el propio recurrente. Pero lo cierto es que VITALIA intervino en las ayudas socio-laborales para ACYCO y es un hecho no controvertido que VITALIA fue escogida sin concurso alguno entre aseguradoras, como también lo es la "intensa" presencia que tuvo VITALIA en las numerosas pólizas de seguro que se concertaron con ocasión de las ayudas socio-laborales que se concedieron en aquellos años. Si VITALIA intervino es porque, obviamente, así lo decidieron tanto quienes tenían capacidad para ello en la administración como la propia VITALIA.

No tiene trascendencia alguna que no exista pago alguno de VITALIA a Roque o al propio despacho GARRIGUES. Como se relata en la sentencia, tanto VITALIA como el acusado Roque contribuyeron a los hechos desde el relevante papel que cada una y el otro desempeñaron como aseguradora y gestor-asesor, obteniendo ambos su particular beneficio de ello.

No es cierto que el conocimiento por el recurrente de la inclusión en las pólizas de los "intrusos" provenga en exclusivamente del dato de que el recurrente estaba presente en la firma del Protocolo de 26 de julio de 2003. La valoración de la prueba respecto de este dato es mucho más compleja y extensa. Y resulta llamativo que en el motivo parece negarse este hecho, pero, al mismo tiempo, se reconoce que el recurrente estaba ese día en la Dirección General de Trabajo aunque, se dice en el motivo, "despachando para otras cuestiones".

6.3.- Las alegaciones del recurrente quedan desvirtuadas por el conjunto de la prueba y valoración del Tribunal, contenida a lo largo de los fundamentos de derecho sexto a décimo. Así:

6.3.1.- Modesto era Director Adjunto de VITALIA y coordinador de consultores, y, así, superior jerárquico del también acusado Ovidio quien era el consultor responsable de la aseguradora en Andalucía y Extremadura. VITALIA era la sociedad mediadora (directamente o a través de alguna de las sociedades de su grupo empresarial) que intervenía en las ayudas socio-laborales y, de hecho, prácticamente el 100% de las pólizas concertadas en la época por VITALIA-Sevilla provenían de la Dirección General de Trabajo. Incluso VITALIA contrató a personas amigas del propio Director General de Trabajo por indicación de este (pág. 226 sentencia).

6.3.2.- Ya en el Acuerdo ACYCO-trabajadores de 2 de julio de 2003 acompañado a la solicitud de ERE se hacía referencia (estipulación Décimo Primera, "Aseguramiento de rentas") a que en el plan de jubilaciones se habría de suscribir un seguro de rentas con una entidad financiera de prestigio en el que figuraría como tomadora la asociación compuesta por los trabajadores afectados y estos como asegurados y beneficiarios.

6.3.3.- VITALIA (grupo) fue elegida sin transparencia ni tramitar ningún tipo de concurso con otras aseguradoras. Su intervención venía decidida de antemano por acuerdo entre los acusados. Las aseguradoras "Personal Life"y "Fortia Vida" son aportadas por VITALIA.

6.3.4.- No consta intervención en los hechos de ninguna otra persona vinculada a VITALIA y con un mínimo de capacidad de dirección o interlocución distinta de los acusados Modesto y Ovidio .

6.3.5.- Como anexo al Protocolo de Colaboración Dirección General suscrito el 26 de julio de 2003 entre la Dirección General y ACYCO figura el estudio actuarial de VITALIA de fecha 31 de julio de 2003 (fecha posterior a la del propio Protocolo) donde se fijan la fecha de inicio, niveles de cobertura, coste de la prima o edad de los afectados-beneficiario, y entre estos últimos aparecen los dos "intrusos" que no habían mantenido nunca relación laboral con la empresa.

Modesto se haya presente en la firma del Protocolo.



6.3.6.- Como se desprende de las declaraciones de Ovidio y del propio recurrente, el Director General de Trabajo se dirige al recurrente para apremiar a la suscripción de la póliza. El recurrente Modesto mantiene contactos y relaciones con la Junta de Andalucía y la Dirección General de Trabajo (a título de ejemplo manuscrito del Director General de Trabajo referenciado en la pág. 226 de la sentencia, folio 380 del Tomo II del Anexo I), también con la empresa ACYCO, y da instrucciones a su subordinado Ovidio para la suscripción de la póliza.

6.3.7.- Por orden de la Dirección General de Trabajo, el IFA abona de forma injustificada a VITALIA una factura de 30 de septiembre de 2003 por importe de 4.183,04 € en concepto de estudios actuariales para la empresa ACYCO (folio 120, tomo I) cuando tales estudios habrían de estar incluidos en el coste de las propias pólizas.

6.3.8.- La póliza de renta colectiva NUM000 se suscribe con la compañía "Personal Life" (efectos 1 de agosto de 2003). A esta póliza se encuentra vinculada el anexo de 1 de agosto de 2003 donde aparecen entre los beneficiarios los dos "intrusos" y la acusada Patricia ". Lo mismo en el nuevo Reglamento General de Prestaciones a las Personas de 5 de agosto de 2003 donde, además, aparece una firma debajo del sello de la "Asociación 3 de Julio" que no se corresponde con la de su Presidente, Juan Pablo .

6.3.9.- Según se desprende del informe de la Dirección General de Seguros, los gastos de comisión aplicados a la mediadora (VITALIA) son del 15,24%, muy superiores a la media del sector que rondaban el 2,51% para el ejercicio 2003.

Esto conllevó un sobre coste de comisión de 339.485 € superior a la media del mercado.

6.3.10.- En la póliza NUM000 aparece como "tomadora" la "Asociación 3 de Julio" pese a que su real pagadora era la Junta de Andalucía. Sobre esta póliza la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones informa sobre determinados extremos que revelan su carácter irregular y su papel determinante en el conjunto de hechos fraudulentos desarrollados (FD 6, págs. 217 y 218 de la sentencia):

"En el momento de la suscripción de la póliza, Personal Life, al no estar autorizada por el Ministerio de Economía y Hacienda sino por la Comunidad Autónoma de Cataluña, era una mutualidad de previsión social de ámbito operativo restringido, cuyo ámbito de operaciones debía circunscribirse a dicha comunidad autónoma. Sin embargo, en esta póliza tanto el tomador como los asegurados tienen su residencia fuera de la citada comunidad autónoma. Por tanto, la entidad aseguradora con la que se suscribió la póliza, carecía de la preceptiva autorización administrativa para operar en la Comunidad Autónoma de Andalucía".

La suscripción de una póliza colectiva con una entidad aseguradora que revestía la forma jurídica de mutualidad de previsión social es una circunstancia atípica, considerando las especialidades jurídico-económicas que caracterizan a este tipo de entidades.

La póliza presenta otra irregularidad consistente en que para alguno de los asegurados, las prestaciones garantizadas exceden los límites máximos de legalmente admisibles para mutualidades de previsión social. De conformidad con el artículo 65 de la ley de supervisión vigente en el momento de la suscripción, Personal Life no podía garantizar rentas anuales superiores a 21.000 €, y sin embargo, éste límite se supera por ejemplo en el caso de Melchor , para quien se garantiza una renta de 23.558,11€ en el año 2005 y de 31.571,04€ en 2006.

La póliza se suscribió con la intervención de la entidad Vitalia, S.A. que realizaba de manera irregular actividades de mediación en seguros privados al no disponer de autorización para operar como correduría de seguros".

En los elementos personales de la póliza existe una irregularidad consistente en la existencia de un tomador impropio (la Junta de Andalucía), que se produce cuando no coincide la persona que formalmente aparece como tomador en la póliza de seguro (la Asociación 3 de julio) y la persona que realiza el pago de las primas. Según la Ley de contrato de seguro y los criterios emitidos por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, deben considerarse tomadores de seguro a las personas que realizan el pago de las primas y por tanto la Junta de Andalucía debería haber figurado como tal en los contratos de seguro."

6.3.11.- La póliza NUM001 se suscribió el mismo 1 de agosto de 2003 con la misma entidad "Personal Life". En ella se incluyen como beneficiarios a los dos "intrusos". Y como "tomadora" de la misma figura la propia "VITALIA, S.A." pese a que los pagos de las primas se asumen por la Junta de Andalucía.

El conocimiento de la inclusión de los "intrusos", así como su intervención en tal hecho se revela de manera inequívoca del conjunto de datos probatorios recogidos en la sentencia.

Email remitido por Victorino (GARRIGUES) a Modesto con el siguiente texto: "Según acordamos ayer, adjunto te acompaño el protocolo y el anexo con las primas individuales (se encuentran marcados los dos trabajadores que no pertenecen a Acyco). Por otra parte, a continuación te señalo los honorarios que van a cargo de la



póliza: 94.500 euros (Garrigues). 30.000 euros (Deloitte & Touche, por el informe técnico)". En el mismo sentido y en relación con el conocimiento por el recurrente de los beneficiarios que se incluían en la póliza, el email (folio 440, Tomo I) que también le envía Victorino indicándole los datos de la "Asociación 3 de julio" para la firma de la póliza. Así como folio 3836 donde se constata que el recurrente se dirige a Ovidio en relación con uno de los "intrusos", Eusebio ("Ovidio, llámale al NUM009 para que venga a verte y después me llamas para que le prepares estudio en función al desempleo, etc") (pág. 238 de la sentencia).

Los dos "intrusos" aparecen como asegurados en los certificados individuales suscritos con la aseguradora y la tomadora VITALIA bajo la mención "Persona Protegida".

Al folio 3835 aparece un correo de Ovidio a Rosalia de fecha 17 de julio de 2003 con indicaciones con cálculos sobre el colectivo "prejubilable" y donde al final consta "Para tipos y gastos comenta con el Sr. Modesto".

Igualmente, correo electrónico (folio 439) de Jon a Rosalia (VITALIA) de 31 de julio de 2003 donde en relación con la "cotización" de ACYCO se indica "como te comenté ayer Modesto es urgente porque tienen que emitir hoy la póliza".

La póliza NUM005 estaba suscrita por la Sra. Julieta (VITALIA) con la que el recurrente tenía una "vinculación directa" (pág. 240 de la sentencia).

En el documento obrante al folio 380 del tomo II del Anexo I, con el Convenio que habrían de suscribir la DGT y el IFA donde manuscrito del propio Director General de Trabajo, Dionisio, se dice: "Modesto envía entidad aseguradora y número de cuenta para el punto 2º de las estipulaciones". Con similar significación, correo que Modesto remite al Director General en el que, con relación a la póliza de ACYCO le indica que se había formalizado con "Personal Life" y que la cuenta de ingreso es la misma que la de Cash Lepe (pág. 240 de la sentencia).

Los "intrusos" tuvieron un trato diferenciado y preferente en relación con el resto de beneficiarios. La gestión por parte de VITALIA de estos dos "peculiares" beneficiarios es reveladora. Ello se resume de forma muy gráfica por el tribunal en las consideraciones expuestas en los últimos párrafos del Fundamento de Derecho Séptimo de la sentencia (págs. 242 a 244):

"Resulta incontestable el papel desempeñado por el grupo Vitalia, siendo sus protagonistas, fundamentales en el desarrollo de estos hechos, los acusados Ovidio y Modesto, éste último presente en la suscripción del Protocolo de Colaboración, como viene a reconocer él mismo. Ovidio fue el receptor de la información que le remitió Victorino respecto a la inclusión en la ayuda de las dos personas ajenas a Acyco. Tanto Ezequiel como Eusebio recibieron un trato diferenciado del resto de los extrabajadores de Acyco en aspectos destacados como su nivel de cobertura, que no podía calcularse en relación a un porcentaje de un salario (inexistente) o de sus cotizaciones. El contenido de los dosieres abiertos por Vitalia respecto de ellos era notoriamente diferente, tal y como puede apreciarse en los documentos intervenidos con motivo de la entrada y registro practicada en las dependencias de Vitalia (atestado de la UCO ratificado por sus intervinientes en el acto del juicio sesiones del juicio de los días 4 y 9 de noviembre de 2020, folios 30 y siguientes de las actuaciones) relativos tanto a Ezequiel como a Eusebio, refiriéndose Vitalia a ellos con las menciones de "especial" o "sin gestión", así como la falta de documentación relativa a ellos a diferencia del resto de los beneficiarios, lo que denota su falta de procedencia laboral y su arbitraria inclusión, hecho que tampoco podía ser ignorado por los acusados y sobre lo que debieron alertar a quienes realizaron los estudios actuariales o viceversa.

La forma de llegar la documentación de estos dos individuos a Vitalia, fue también diferente a la de los 35 trabajadores de Acyco, siendo esta suministrada por Modesto y Ovidio. Sobre el particular hay que tener en cuenta que se realizaron varios estudios actuariales (entre otros folios 430 y siguientes) con base a los datos que ambos suministraban, tratándose finalmente de pólizas cuyas primas ascendieron a la no desdeñable cifra de más de 3.300.000 €. Aunque con distintas responsabilidades ambos participaron en la elaboración y suscripción de las pólizas, actuando Vitalia como tomadora de la nº NUM001, lo que no podía ser ignorado por ninguno de ellos, constando en el anexo al reglamento general de condiciones particulares de dicha póliza, el sello de la oficina de Sevilla y la firma de los dos intrusos por lo que su inclusión era conocida. Además, el cálculo para estas dos personas se hizo con una cuantía fija mensual, a diferencia del resto de los trabajadores que pertenecían a Acyco, a los que se les calculaba el nivel de cobertura a partir de su salario, extremo éste que también debió de ser comunicado a Barcelona para la realización de los estudios actuariales, constatándose un flujo de comunicaciones entre la oficina que dirigía Modesto en Madrid y la de Sevilla al frente de la cual se encontraba Ovidio que justifica nuestra valoración.

En suma resulta acreditado que ambos acusados Modesto y Ovidio conocían la existencia de los intrusos así como que el coste de sus rentas iba a ser satisfecho con fondos públicos provenientes de la Junta de Andalucía bajo la apariencia de haber pertenecido a la empresa Acyco."



6.3.12.- También se reseñan en la sentencia datos probatorios relativos al conocimiento e intervención de Modesto en el episodio de la Adenda de 8 de julio de 2004 al Convenio de Colaboración DGTSS-IFA de 10 de febrero de 2004 (FD 9).

En la pág. 253 de la sentencia se refiere lo manifestado al respecto por Ovidio mencionando al recurrente:

"Según Ovidio, en agosto de 2003 los trabajadores no cobraron por lo que le llaman Juan Pablo y el director de recursos humanos de Acyco, Inocencio, resultando que la prima de la póliza no estaba abonada, debiéndose pagar 210.000 €, ante lo que Modesto le dice que adelanten los 210.000€ porque si nó no van a cobrar, ignorando de dónde partió esta fórmula nunca antes realizada, que fueran los trabajadores los que adelantaran el abono de la prima, pero que a él se lo comunicó la dirección de Madrid, es decir Modesto, y él (Ovidio) se lo traslada a la empresa, al sr. Inocencio, siendo abonada esta cantidad a Personal Life, la aseguradora."

De igual forma y en relación con esta cuestión, se refleja y valora en la sentencia el escrito de fecha 5 de julio de 2004 que Roque dirige al Director General acompañando la mendaz factura por importe de 210.000 € más IVA emitida por la "Asociación 3 de Julio" (folio 162 de la causa y folio 391 del Tomo II del Anexo I) (págs. 258 y 259 de la sentencia):

"En este correo Roque se dirige a Dionisio y literalmente le dice: "En relación con la póliza de prejubilaciones de ACYCO, me confirman tanto Patricia como Modesto (VITALIA) que hay una orden de pago de 500.000 euros". A continuación le dice que "Modesto considera que hasta que no se equilibre la póliza va a ser muy difícil obtener un reintegro de la Compañía de Seguros dado que la misma sigue siendo deficitaria". Razones por las que esto coloca en una situación muy difícil a las personas que adelantaron el anticipo del primer pago de la póliza, ya que la póliza de crédito que habían solicitado vencía esa semana y tendrían que renovarla, cosa que no pueden hacer". Roque le ruega a Dionisio que comenten con la máxima urgencia, por ser una cuestión de la máxima prioridad, las posibles soluciones, planteándole en este correo tres posibilidades. En la primera de ellas, le propone que derive "a la póliza de seguro para las prejubilaciones los 500.000 euros menos 210.000 euros que se aplicarían para el pago de ese anticipo efectuado (bien directamente, bien imputándolo a la factura emitida por dicho importe contra la Junta de Andalucía por la Asociación 3 de Julio de fecha 21 de enero de 2004)", siendo ésta la opción por la que finalmente se optó (folios 392, 393 y 388 Tomo II, Anexo I).

El acusado Roque en su declaración enjuicio ha admitido haber remitido este mail a Dionisio junto con la peculiar factura, en la que se hacía constar además del importe de lo supuestamente adelantado, 210.000 euros, más 33.600 euros por un IVA que no había sido soportado y él lo sabía.

De dicho correo se desprende, también, los contactos mantenidos con Modesto y como, éste, era el interlocutor en nombre de Vitalia ante la Dirección General de Trabajo, estando informado del libramiento de las cantidades de numerario que periódicamente libraba la Junta para el pago de la póliza (órdenes de pago), siendo ello extensible a Patricia y a Inocencio.

Sobre el particular ha declarado Modesto que Dionisio le llamó en 2004 para saber la compañía que había hecho la póliza y hacer una Adenda. Que del anticipo efectuado por varios socios se enteró como un año y pico después por una comunicación que le hicieron Dionisio o Roque, con quienes habló sobre la posible devolución por parte de la compañía, siendo este último quien le dijo que la devolución se produciría en un año. Les comenta lo difícil que sería que la compañía devolviese el importe abonado cuando la póliza era deficitaria, que efectivamente hizo gestiones y preguntó a la señora Julieta acerca de esta posibilidad, diciéndole ésta que ello no era posible porque La Junta les debía mucho".

6.3.13.- Finalmente, respecto a la póliza NUM002, para la incorporación como beneficiarios de tres trabajadores entre los que se encontraba Patricia y en la que aparece como tomadora la "Asociación 3 de Julio", aseguradora "Fortia Vida" (absorbe a "Personal Life") y mediadora "Holding Europeo Tinder, S.L." (ambas del grupo VITALIA) y que dio lugar a la irregular utilización del sistema de "pagos cruzados", la sentencia recoge datos probatorios de indudable significación respecto del recurrente en su Fundamento de Derecho Décimo.

Así, en las págs. 273 a 275 se describen las comunicaciones mantenidas entre los implicados, Modesto incluido.

"En el mes de enero de 2007 Modesto solicitó a Dionisio la ampliación de la póliza respecto de las cantidades a percibir por tres asegurados de la póliza NUM000. Dionisio, en nombre de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social remite una carta fechada el 26 de enero de 2007 al domicilio de Barcelona de la compañía Personal Life, por la que muestra su conformidad a que se suscriba una póliza para 3 extrabajadores de Acyco S.A. comprometiéndose a abonarles 24.542, 21 € el día 01 de febrero de 2008 (folio 389 del Tomo I de las actuaciones).



En el estudio actuarial realizado por Fortia Vida (folio 390, Tomo I de las actuaciones), de 25-01-07 con fecha de efecto 1-02-07, se hacía una valoración de las diferencias respecto a estos tres extrabajadores de Ácyco. Así respecto a Candida se hacía constar que había existido un error en la fecha de nacimiento facilitado por Acyco; en lo que concierne a Marco Antonio se contiene la cobertura de la renta complementaria hasta los 65 años de edad de 150 euros. Finalmente, en cuanto a Patricia, se reflejaba que la causa de su inclusión en esta póliza adicional era la denegación del subsidio de desempleo, reflejándose como coste de la prima al contado, respecto de ella, 10.937,35 € y el coste financiado de 11.009,13 €. Sin embargo, según el informe de la Dirección General de Seguros el coste final de la prima al contado sería de 12.673 €. Por tanto el motivo de la inclusión de Patricia en este suplemento, a sumar a lo que ya obtenía en virtud de la póliza NUM000, es la denegación del derecho a percibir el subsidio de desempleo, lo que se compensaba con esta nueva póliza.

En este documento se reflejaba que la cuota número 1 debería hacerse efectiva el 1/2/2007 por importe de 12.000 € con cargo de Acyco, y la cuota número 2, con fecha de pago 1/02/2008, por importe de 24.542, 21 €, sería abonada por la Junta de Andalucía.

...

El día 7 de abril de 2008, Dionisio dirige orden a Vitalicio Seguros con el ruego de que la transferencia que ha realizado por importe de 10.100.000 € para la póliza que cubre a los asegurados de Altadis-Sevilla, se sirvan transferir a Vitalia, o a "quien dicha Empresa les comunique" la cantidad de 1.700.000 € para aportaciones a pólizas de seguro (folio 168 del Anexo 12 de la causa matriz, obrante al Tomo I de esta causa, PDF 85-196).

Ese mismo día consta escrito suscrito por Dionisio dirigido a la sede de Madrid de Vitalia Vida para que, de la cantidad que iban a recibir de Vitalicio Seguros por importe de 1.700.000 euros, transfirieran la cantidad de 24.542,21 euros para un colectivo de 3 asegurados de Acyco (folios 798 y 799 del Tomo II de la causa, 3947-8 del Tomo En esta misiva se contienen el ingreso de las cantidades que habían de realizarse a las distintas entidades de seguros (Apra Leven y Fortia Vida) y a distintos colectivos (Bilore, Cuerotex etc).

En igual fecha, 7 de abril de 2008, a las 18,24 horas, Modesto dirige correo electrónico a Vitalicio, en el que adjunta la comunicación de la Junta Andalucía e interesa que con la mayor urgencia les transfieran 1.700.000 € a la cuenta de Irsen Empresarial a favor de Vitalia (folios 168 vuelto del anexo 12 de la causa matriz, PDF 85-196, obrante en el Tomo I de esta causa).

En fecha 7/4/2008 (folio 3.946 del Tomo de la causa), por indicación de Modesto, la comunicación de la Junta de Andalucía se reenvía (folios 3947 y 3948) a Vitalia Barcelona para que se ejecutara la orden recibida, pagándose así al margen del IFA/IDEA, pero con cargo a fondos del programa 31 L, por lo que esta cantidad al no constar entre las referidas como abonadas por la Agencia Idea debe ser adicionada al total abonado por la Junta de Andalucía con cargo a la ayudas prestadas a Acyco."

- Todos estos datos probatorios son en su mayoría ignorados en el motivo y son diversos y se refieren a las distintas fases o etapas en las que se desarrollaron los hechos. Y revelan un protagonismo incuestionable de este recurrente en su decisivo papel desempeñado en los hechos por las aseguradoras.

Como, con acierto destaca el Ministerio Fiscal en su documentado informe, no puede olvidarse que los hechos que se reputan delictivos se llevaron a cabo gracias a la intervención conjunta y coordinada de distintas personas pertenecientes a cuatro ámbitos distintos, pero complementarios: la administración, las empresas, las aseguradoras y el despacho de abogados que impulsa, asesora y coordina.

Y el papel de la aseguradora no es menor, puesto que las ayudas se materializan a través de pólizas de renta colectiva. Y no solo es que los responsables de la entidad aseguradora, de forma consciente y voluntaria, cooperen al desarrollo de los hechos, sino también que las propias entidades aseguradoras resultan directamente beneficiadas del irregular sistema. Particularmente VITALIA se ganó un apreciable volumen de negocio con su participación como aseguradora o mediadora en las ayudas sociolaborales (prácticamente la totalidad de sus pólizas de aquella época están vinculadas a la Dirección General de Trabajo). A ello se une que percibió comisiones por intermediación muy superiores a las del mercado e, incluso, que cobró de fondos públicos por el coste de los estudios actuariales que en modo alguno correspondía sufragar a la Junta de Andalucía.

Por todo lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- Motivo primero recurso Ovidio .

Al amparo de lo prevenido en el art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim...no existir suficiente actividad probatoria de cargo...derecho a la presunción de inocencia que proclama el art. 24.2 CE.



7.1.- Previamente debemos señalar que la autoría de este recurrente establecido en el Fundamento Derecho Décimo Tercero se refiere exclusivamente por los hechos relativos a la suscripción y pago de las primas por la Junta de Andalucía de la póliza NUM005 y la correlativa percepción de ayudas por los denominados "intrusos".

Se alega en el motivo que la actuación del recurrente en lo ocurrido tiene lugar en el periodo de tiempo comprendido entre el 8 de mayo de 2003, fecha del Documento de Compromiso de la Dirección de General de Trabajo, y el 2 de julio de 2003, fecha del acta que acompaña a la solicitud de ERE presentada ante la Delegación de la Consejería de Empleo en Sevilla. Según el recurrente, es en ese periodo de tiempo en el que desarrolla su labor de consultor de VITALIA, recopilando los datos personales y económicos de los trabajadores de ACYCO para remitirlos a la sede de VITALIA en Barcelona donde el Departamento de Estudios Actuariales realizaría los correspondientes cálculos para la cuantificación del coste de la póliza. Sería el Estudio de Prejubilaciones anticipadas de fecha 17 de junio de 2003 elaborado por la consultora de Previsión Social VITALIA (Tomo VIII, CD del folio 2856) el que reflejaría el trabajo del recurrente y en el que figuraban los 35 trabajadores afectados-beneficiarios sin que entre los mismos se encontraran los "intrusos". De esta manera, niega su vinculación con el anexo al Protocolo de Colaboración DGTSS-ACYCO de fecha 26 de julio de 2003 donde se sí que se incorporaron esas dos personas que nunca habían trabajado para ACYCO. Como también niega cualquier participación en la suscripción, más tarde, de la póliza NUM005 con los "intrusos".

Subraya en varias ocasiones que su tarea se desarrolló siguiendo las instrucciones de sus superiores, particularmente, del también acusado Modesto .

En la misma línea de defensa y ante la evidencia, se intenta reducir la significación y eficacia probatoria del fax obrante al folio 3836 con la indicación de Modesto al recurrente de que gestionase la inclusión del "intruso" Eusebio .

7.2.- Intenta el recurrente minimizar su participación en los hechos, pero los datos tenidos en cuenta por el Tribunal son más numerosos y la fundamentación del juicio de autoría mucho más compleja.

Estos datos probatorios contenidos en la sentencia (fundamento derecho 7) son:

7.2.1.- Ovidio era consultor de VITALIA, responsable de Andalucía y Extremadura. Como tal era el encargado de entrevistarse con los afectados para recabar los datos necesarios para realizar los estudios actuariales, así como los datos laborales y personales de cada trabajador, la secuencia de pagos y el coste de la prima, información que se hacía llegar al departamento de Barcelona de VITALIA.

7.2.2.- Modesto era su superior jerárquico quien mantenía frecuentes y fluidos contactos con los responsables de la Dirección General de Trabajo. En aquella época el 100% de las pólizas concertadas por VITALIA-Sevilla provenían de esa Dirección General. Por parte de VITALIA siempre son Modesto y Ovidio quienes aparecen interviniendo en los hechos y manteniendo las relaciones y comunicaciones con la Dirección General y con el despacho GARRIGUES.

7.2.3.- El Protocolo de Colaboración DGTSS y ACYCO de 26 de julio de 2003 incorporaba como anexo (folios 328 y 329 del Tomo II del Anexo I) un estudio actuarial realizado por VITALIA de 31 de julio de 2003 con fecha de inicio, niveles de cobertura, edad de los afectados que figuraban en el listado y costes de las primas, apareciendo ya entre beneficiarios los dos "intrusos".

Los compromisos de dicho Protocolo se plasman en las dos pólizas NUM000 y NUM001 , siendo esta última la que se suscribe para incluir a los "intrusos". Protocolo, póliza NUM000 y NUM001 están, por tanto, íntimamente vinculadas entre sí. Y, de hecho, aunque se trataba formalmente de dos pólizas distintas, el coste de la segunda ya estaba incluido en la primera. Así lo explica la sentencia (pág. 234):

"Aunque se firmaron dos pólizas distintas (NUM000 y NUM001) con el mismo concepto de seguro de rentas de supervivencia, el coste de esta segunda póliza (NUM001), en principio, ya estaba incluido en la primera póliza (NUM000), por lo que aunque Vitalia constaba como tomadora del seguro en realidad no asumió coste alguno. Así se deduce, entre otros, del contenido de la documentación anteriormente mencionada, del hecho incontestable de no existir un diferente estudio actuarial que descuenta el importe de las primas correspondientes a las dos personas no pertenecientes a Acyco cuando se decide efectuar separadamente la póliza NUM001 ; del contenido del informe de la IGAE y el Anexo al Protocolo de Colaboración de fecha 26 de julio de 2003 en el que se incluyeron tanto a Eusebio como a Ezequiel en el coste total del estudio efectuado el 31 de julio de 2003 (folio 32 y 33 del CD obrante al folio 2856 del Tomo VIII) y en el posterior de 5 de agosto de 2003, por lo que fueron consideradas ambas pólizas como si de una sola se tratara a efectos de la decisión de su pago, y así fueron efectivamente satisfechas en su integridad con cargo a fondos públicos, aunque en ninguna de las dos pólizas (de manera anómala) figuraba como tomadora la Junta de Andalucía y, de hecho, cuando tiempo después, en el año 2007, se suscribe una tercera póliza núm. NUM002 , que supuso un complemento de la póliza inicial respecto a tres trabajadores, el tomador, que en realidad era la Junta de

Andalucía, tampoco aparecía en el contrato como ya se ha dicho, renunciando al derecho de rescate y anticipo, así como de libre revocación de beneficiarios por lo que los que constaban en los certificados individuales eran irrevocables."

Las tareas que como consultor de VITALIA desarrollaba el recurrente implicaban, necesariamente, el conocimiento del detalle de las circunstancias personales y laborales de los beneficiarios de las pólizas. En consecuencia, conocimiento tanto de la NUM000 como de NUM001 pues, como se ha precisado, ambas se hallan íntimamente vinculadas y responden al Protocolo de Colaboración de 26 de julio de 2003 que ya incluía a los "intrusos".

7.2.4.- Consta documentado en correos y comunicaciones que el despacho GARRIGUES y Modesto conocían y gestionaban la inclusión de los intrusos y que, a su vez, Modesto daba indicaciones a tal fin a Ovidio .

La secuencia de emails y comunicación GARRIGUES- Modesto - Ovidio que se describe en las págs. 229 y 230 de la sentencia da buena muestra de ello:

"Del conjunto de pruebas practicadas, resulta acreditado para este Tribunal, que estas dos personas fueron introducidas como beneficiarias de la póliza por orden de Dionisio , quien facilitó los datos personales de ambos a Modesto y que éste a su vez, se los pasó a Ovidio (folio 3836), quien como consultor-negociador gestionó su inclusión en los anexos unidos al Protocolo de Colaboración y en la determinación del coste de la póliza a suscribir, encargándose de enviarlos datos al departamento de planes de Vitalia en Barcelona, calificando la inclusión de estos intrusos como "especiales, sin gestión", siendo Ovidio quien se encargaba de este tipo de asegurados, como afirma el Guardia Civil nº de Tip NUM010 y resulta de las manifestaciones y documentos unidos al informe policial sobre Vitalia, además de por la declaración de Modesto y el email que le remitió Victorino (despacho de Garrigues), en el que le dice: "Según acordamos ayer, adjunto te acompaño el protocolo y el anexo con las primas individuales (se encuentran marcados los dos trabajadores que no pertenecen a Acyco). Por otra parte, a continuación te señalo los honorarios que van a cargo de la póliza: 94.500 euros (Garrigues). 30.000 euros (Deloitte & Touche, por el informe técnico). Desprendiéndose de este email su conocimiento de los intrusos y su intervención activa en su incorporación a la póliza suscrita a su favor, así como su relación con Garrigues para tal fin, siendo otro ejemplo de ello, el email (folio 440, Tomo 1) remitido por Carlos Alberto el 31 de julio de 2003, indicándole los datos de la Asociación 3 de julio, necesarios para la firma de la póliza el día siguiente. Eladio lo conocía de antes, según su manifestación en el plenario.

En el citado folio 3836, Modesto se dirige a Ovidio en relación a Eusebio y le escribe a mano " Ovidio , llámale al NUM009 para que venga a verte y después me llamas para que le prepares estudio en función al desempleo etc".

Y al folio anterior, 3835, obra correo del recurrente a Rosalia de fecha 15 de julio de 2003 en el que haciendo indicaciones sobre los cálculos del colectivo "jubilable" le subraya que "Para tipos y gastos comenta con el Sr. Modesto ". Este correo es interpretado en la sentencia, razonablemente, como una muestra más de la estrecha colaboración entre el recurrente y Modesto en todo lo relacionado con las pólizas de ACYCO.

A partir de los datos expuestos, la sentencia razona restando credibilidad a la alegación exculpatoria del recurrente negando conocer la inclusión de los "intrusos" (pág. 230 y 231 de la sentencia):

"Estos documentos vienen a desmentir la declaración de Ovidio , al negar, éste, conocer la existencia de los llamados "intrusos" y el anexo al protocolo en el que estaban incluidos. Desmentido que nos permite apreciar en su declaración un "contraindicio" a considerar en la valoración efectuada, puesto que, si bien el acusado no ha de soportar en modo alguno la carga de probar su inocencia, sí puede sufrir las negativas consecuencias de que se demuestre la falsedad de sus alegaciones exculpatorias, en el sentido de venir a corroborar otros indicios de culpabilidad como los examinados.

Sobre el papel que Ovidio tenía como consultor disponemos de las declaraciones de sus entonces compañeros con una posición semejante a la suya en otras sedes.

En concreto Lucio (video 54, sesión del día 18 de noviembre de 2020) manifiesta que una de las principales funciones de un consultor es facilitar los datos al que, internamente, denominan departamento de planes. Así el consultor se reunía con la empresa y con el comité de empresa que le facilitaban los datos de los trabajadores (nóminas, bases de cotización, vida laboral...) y esos datos los enviaban al citado departamento de la empresa con sede en Barcelona, para que por éste se realizaran los correspondientes estudios actuariales, para calcular el coste de la póliza, así como las prestaciones de cada beneficiario.

Resulta pues evidente que Ovidio , que intervino como consultor en relación con los intrusos (folios 444 y 447 del Tomo 1) fue quien tuvo que facilitar los datos de las personas que no habían trabajado en Acyco a efectos de efectuar el cálculo de la segunda póliza suscrita. Entre los documentos hallados con motivo de la entrada



y registro practicada en la sede de Vitalia, aparece la ficha en la que se pueden ver los nombres de los dos "intrusos", Ezequiel y Eusebio, en la que en el apartado de empresa se consigna "especial" y en el tipo de póliza se dice Jubilación (sin gestión), apareciendo expresamente nombrado como consultor y negociador Ovidio.

Tanto Eusebio como Ezequiel fueron incluidos, calculándose su coste dentro de los estudios actuariales realizados para la póliza de Acyco como se ha expuesto anteriormente, a sabiendas de que no pertenecían a la empresa, conociendo esta circunstancia los Sres. Ovidio y Modesto, como también conocían que el coste de sus rentas iba a ser satisfecho con fondos públicos de la Junta de Andalucía bajo la apariencia de haber pertenecido a dicha mercantil, cuando la única causa de la inclusión de ambos fue su relación personal con Dionisio.

7.2.5.- También tiene una clara significación incriminadora para el recurrente el dato probatorio expuesto en la pág. 231 de la sentencia. Entre los documentos hallados con motivo de la entrada y registro en la sede de VITALIA está la "ficha" con los nombres de los dos "intrusos", apareciendo en el apartado de empresa la mención "especial" y en el tipo de póliza "Jubilación (sin gestión)" y, junto a todo ello, figura nombrado como consultor y negociador el recurrente Ovidio.

Del mismo modo, en los certificados individuales suscritos por los "intrusos" con la mutua aseguradora y la tomadora VITALIA estos aparecen bajo la mención "Persona Protegida" (pág. 233 de la sentencia).

Y estas especiales menciones a los "intrusos" existentes en la documentación de VITALIA se corresponden, hay que recordar, con la forma en que fueron introducidos en el anexo al Protocolo de Colaboración donde en el estudio actuarial de VITALIA con 36 beneficiarios los intrusos aparecen con los números NUM007 y NUM008 (Patricia se incorpora al listado con el número NUM006) (pág. 233 de la sentencia).

7.2.6.- Pero aún hay más acerca del singular y diferenciado tratamiento que en VITALIA se daba a los "intrusos". Su diferente nivel de cobertura, el contenido de los dosieres que se llevaban sobre los mismos, la falta de documentación (lógica) acerca de los beneficiarios o, incluso, la distinta forma en que llegaba la documentación de los mismos eran reveladoras de que VITALIA y, por tanto, sus responsables, Modesto y Ovidio, conocían la existencia de su irregular inclusión como beneficiarios de la póliza. Ya se ha expuesto con ocasión de la impugnación al motivo por presunción de inocencia del acusado Modesto, pero se vuelven a reproducir las esclarecedoras valoraciones del tribunal sobre esta cuestión (págs. 242 a 244 de la sentencia):

"Resulta incontestable el papel desempeñado por el grupo Vitalia, siendo sus protagonistas, fundamentales en el desarrollo de estos hechos, los acusados Ovidio y Modesto, éste último presente en la suscripción del Protocolo de Colaboración, como viene a reconocer él mismo. Ovidio fue el receptor de la información que le remitió Victorino respecto a la inclusión en la ayuda de las dos personas ajenas a Acyco. Tanto Ezequiel como Eusebio recibieron un trato diferenciado del resto de los extrabajadores de Acyco en aspectos destacados como su nivel de cobertura, que no podía calcularse en relación a un porcentaje de un salario (inexistente) o de sus cotizaciones. El contenido de los dosieres abiertos por Vitalia respecto de ellos era notoriamente diferente, tal y como puede apreciarse en los documentos intervenidos con motivo de la entrada y registro practicada en las dependencias de Vitalia (atestado de la UCO ratificado por sus intervinientes en el acto del juicio sesiones del juicio de los días 4 y 9 de noviembre de 2020, folios 30 y siguientes de las actuaciones) relativos tanto a Ezequiel como a Eusebio, refiriéndose Vitalia a ellos con las menciones de "especial" o "sin gestión", así como la falta de documentación relativa a ellos a diferencia del resto de los beneficiarios, lo que denota su falta de procedencia laboral y su arbitraria inclusión, hecho que tampoco podía ser ignorado por los acusados y sobre lo que debieron alertar a quienes realizaron los estudios actuariales o viceversa.

La forma de llegar la documentación de estos dos individuos a Vitalia, fue también diferente a la de los 35 trabajadores de Acyco, siendo esta suministrada por Modesto y Ovidio. Sobre el particular hay que tener en cuenta que se realizaron varios estudios actuariales (entre otros folios 430 y siguientes) con base a los datos que ambos suministraban, tratándose finalmente de pólizas cuyas primas ascendieron a la no desdeñable cifra de más de 3.300.000 €. Aunque con distintas responsabilidades ambos participaron en la elaboración y suscripción de las pólizas, actuando Vitalia como tomadora de la nº NUM001, lo que no podía ser ignorado por ninguno de ellos, constando en el anexo al reglamento general de condiciones particulares de dicha póliza, el sello de la oficina de Sevilla y la firma de los dos intrusos por lo que su inclusión era conocida. Además, el cálculo para estas dos personas se hizo con una cuantía fija mensual, a diferencia del resto de los trabajadores que pertenecían a Acyco, a los que se les calculaba el nivel de cobertura a partir de su salario, extremo éste que también debió de ser comunicado a Barcelona para la realización de los estudios actuariales, constatándose un flujo de comunicaciones entre la oficina que dirigía Modesto en Madrid y la de Sevilla al frente de la cual se encontraba Ovidio que justifica nuestra valoración."



7.2.7.- A modo de cierre, y conectando los datos probatorios que se acaban de exponer con las concretas funciones que desarrollaba el recurrente en VITALIA-Sevilla podemos hacer nuestra la conclusión valorativa de la sentencia obrante a la pág. 242:

"Si tomamos en consideración que el propio acusado (Sr. Ovidio) ha relatado que los trabajadores firmaban ante él, lo cual es lógico puesto que estos estaban en la misma ciudad (Sevilla), donde se encontraba la oficina en la que desempeñaba su cometido y era él quien aportaba todos los datos precisos para la formalización de las pólizas, por más que las mismas o los estudios actuariales se elaboraran en Barcelona, no podía ignorar la existencia de los intrusos, aunque su papel estuviera supeditado y supervisado por Modesto . Conclusión que viene también avalada por sus propias manifestaciones a tenor de las cuales, él tenía que suministrar toda la información a Barcelona para que el departamento de planes pudiera realizarlos estudios actuariales, lo que da explicación al contenido del documento obrante al folio 3.836, Tomo antes examinado."

7.2.8.- Siendo así, a la vista de cuanto se ha expuesto, no se aprecia vulneración alguna del derecho a la presunción de inocencia. La inferencia que realiza el Tribunal de los datos probatorios expuestos, no puede calificarse ilógica o irracional. Por el contrario la alternativa que propone el recurrente en orden a que desconocía la inclusión de los "intrusos", no es acorde con la normal significación de referidos elementos probatorios.

Las tareas que desempeñaba este recurrente como consultor, su estricta vinculación con el acusado Modesto -su superior jerárquico-, y la concentración en Vitalia-Sevilla de las pólizas provenientes de la Dirección General, la no constancia de intervención de ninguna otra persona de Vitalia en los hechos, el diferenciado tratamiento e identificación que en Vitalia se dio a los expedientes de estos beneficiarios de las primas, unido a las comunicaciones mantenidas entre Modesto y el recurrente, entre las que se encuentra aquella que hace mención expresa a uno de los "intrusos", hacen que la conclusión del Tribunal resulte sólida e incuestionable, a la vez de racional y lógica.

OCTAVO.- Motivos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de Roque .

2º) Al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 CE, al haberse producido condena al Sr. Roque como cooperador necesario a tres delitos, pese a que no había sido desvirtuada su presunción de inocencia, ya que en lugar de haberse producido como era necesaria una valoración racional de la prueba para llegar al hecho probado I) haber cooperado en conceder una ayuda a ACYCO para sufragar un ERE, II) y haber cooperado para la inclusión de dos intrusos. No ha existido esa valoración en absoluto -ni racional, ni irracional- de forma que la estructura externa de esa inexistente valoración probatoria es vulneradora del derecho a la presunción de inocencia, siendo ello perfectamente revisable en casación.

3º) Al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 CE, al haberse pronunciado la condena del Sr. Roque como cooperador necesario, pese a que en lugar de haberse producido como era necesaria una valoración racional de la prueba, para llegar al hecho probado 2º (cooperación necesaria para el pago a algunos socios de ACYCO de un dinero que habían adelantado para una póliza) no ha existido esa valoración en conjunto, ni racional ni irracional, de forma que estructura externa (perfectamente revisable en casación) de esa inexistente valoración probatoria es vulneradora del derecho a la presunción de inocencia.

4º) Al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 CE, al haberse pronunciado la condena del Sr. Roque como cooperador necesario a tres delitos, pese a que no había sido desvirtuada su presunción de inocencia ya que en lugar de haberse producido una valoración racional de la prueba para llegar al hecho probado 5º (cooperación necesaria en la concesión sin respeto al procedimiento y mendaz de una ayuda con la que finalmente se pagó una minuta atrasada a Garrigues) no ha existido esa valoración en absoluto (ni racional ni irracional) de forma que la estructura interna de esa inexistente valoración probatoria es vulneradora del derecho a la presunción de inocencia.

5º) Al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 CE, al haberse pronunciado la condena del Sr. Roque como cooperador necesario a tres delitos, a pesar de que no había sido desvirtuada su presunción de inocencia ya que, incluso aunque si se quisiese mantener -en contra de los motivos anteriores- que sí habría existido valoración de la prueba, de todas formas habría que concluir que dicha "valoración", quod non, habría de reputarse como una valoración irracional, estructura externa de la valoración probatoria perfectamente revisable en casación.

6º) Al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24.2 CE, al haberse producido condena al Sr. Roque como cooperador necesario doloso, a pesar de que no había sido desvirtuada su presunción de inocencia, ya que en lugar de haberse producido como era necesaria una valoración de la prueba de una forma racional -para llegar a la injusta conclusión de que el Sr. Roque era pretendido cooperador desde el punto de vista subjetivo



(dolo)-, la estructura externa de la valoración -perfectamente revisable en casación- demuestra tal valoración irracional y, por ende, vulneradora del derecho a la presunción de inocencia.

El motivo segundo se centra en el hecho probado primero de la sentencia (concesión de las ayudas socio-laborales al ERE de ACYCO y suscripción y pago de las pólizas NUM000 y NUM001, que se corresponde con los fundamentos de derecho 6, 7, y 8 de la sentencia.

El motivo tercero en el hecho probado segundo (Adenda al Convenio por el pretendido adelanto) que se asienta en el fundamento derecho 9.

El motivo cuarto en el hecho probado quinto (pago de la minuta de honorarios profesionales del despacho Garrigues bajo la cobertura de una subvención excepcional) que se corresponde con el fundamento derecho 10.

El reproche que se hace en estos motivos consiste en negar la existencia de valoración, ni racional ni irracional, de la prueba que llevó a fijar tales hechos.

Insiste el recurrente en que la sentencia, respecto de la mayoría de los datos fácticos que proclama, se limita a repetir en la fundamentación lo que son los hechos probados y a realizar afirmaciones "apodícticas" sin base probatoria o sin explicitar la fuente de prueba.

En los motivos quinto y sexto la vulneración de la presunción de inocencia no se basa en esa pretendida ausencia de valoración, sino que aceptando la existencia de prueba, esta es calificada de irracional. El motivo sexto se basa, de forma específica, en la supuesta irracionalidad de la valoración relativa a la concurrencia de dolo en el recurrente.

8.1.- El Ministerio Fiscal impugna de manera conjunta estos cinco motivos, razonando que lo hace no solo porque todos tienen como común invocación del derecho a la presunción de inocencia, sino "porque la parcelación de motivos y alegaciones que plantea el recurrente impide en buena medida comprender y apreciar el conjunto de hechos que se desarrollaron y la interrelación existente entre todo el material probatorio manejado por el Tribunal. Nos hallamos ante una secuencia de hechos en progresión y concatenados que ocupa un largo periodo de tiempo a lo largo del cual la presencia del recurrente fue constante y decisiva. De esta forma, la valoración que se hace sobre la intervención del recurrente en un preciso momento, conecta y adquiere significado puesta en relación con lo acaecido y valorado en otro distinto."

En efecto a lo largo de los motivos hay una tendencia clara, comprensible desde la postura de la defensa, cual es analizar los diferentes elementos probatorios a que se refiere la sentencia, aislando o separando unos de otros, para que de tal forma, se diluya el significado incriminatorio que resulta de su conjunto. Es la visión conjunta del total de las pruebas e intervención del acusado en la secuencia completa del total de las pruebas e intervención del acusado en la secuencia completa de los hechos, lo que permite apreciar la suficiencia de la prueba y valoración.

8.2.- En realidad lo que se pretende en el recurso es que este Tribunal realice una revaloración de una parte importante de prueba, asumiendo la que propugna el recurrente. Pretensión inaceptable. Al respecto, como ya hemos señalado con anterioridad, el Tribunal Constitucional tiene consignado reiteradamente que el derecho a la presunción de inocencia queda configurado como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, de tal manera que toda sentencia condenatoria ha de estar fundada en "una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado" (STC 105/2016, de 6-6, FJ. 8). Esta idoneidad incriminatoria, además, "debe ser no solo apreciada por el juez, sino también plasmada en la sentencia, de forma que la carencia o insuficiencia de la motivación en cuanto a la valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados entraña la lesión del derecho a la presunción de inocencia, lo que impone como canon de análisis no ya la mera cognoscibilidad de la ratio decidendi de la decisión judicial, sino una mínima explicación de los fundamentos probatorios del relato fáctico, con base en el cual se individualiza el caso y se posibilita la aplicación de la norma jurídica (por todas, STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5, y las resoluciones allí citadas)" (STC 105/2016, ibidem).

8.3.- Igualmente, se ha destacado que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito puede ser indiciaria, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano. En relación con esta concreta cuestión, la STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 8, ya señalaba que "a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de estos hechos



base completamente probados; 3) para que se pueda comprobar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de la STC 169/1989, de 16 de octubre (FJ 2), "en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a criterios colectivos vigentes" (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3)".

La importancia de la motivación de la sentencia condenatoria ya venía remarcada en la STC 22/2013, de 31 de enero, FJ 5, donde se afirmaba que la culpabilidad ha de quedar plenamente probada, lo que es tanto como decir expuesta o mostrada. De esta manera, el derecho a la presunción de inocencia queda vulnerado cuando, habiéndose declarado la culpabilidad del encausado, dicha declaración de culpabilidad no se ha motivado suficientemente toda vez que "uno de los modos de vulneración de este derecho lo constituye precisamente la falta de motivación del iter que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio" (STC 245/2007, de 10 de diciembre, FJ 5).

La motivación de las sentencias penales es siempre exigible ex art. 120.3 CE, esto es, con independencia de su signo, condenatorio o absolutorio. No obstante, en las sentencias condenatorias el canon de motivación es más riguroso que en las absolutorias pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, cuando están en juego otros derechos fundamentales -y, entre ellos, cuando están en juego el derecho a la libertad y el de presunción de inocencia, como sucede en el proceso penal- la exigencia de motivación cobra particular intensidad y por ello se refuerza el parámetro de control utilizable para enjuiciar su suficiencia. Particularmente, en el plano fáctico, la sentencia penal condenatoria ha de exteriorizar en su razonamiento las pruebas relevantes tomadas en consideración y la existencia de una conexión fundada entre las pruebas y la declaración de hechos probados; conexión que debe ser aplicación razonada de las reglas de la lógica, ciencia y experiencia, de modo que sea posible realizar un juicio externo sobre las que llevan al juzgador a considerar alcanzada la convicción de culpabilidad más allá de toda razonable [por todas, STC 72/2024, de 7 de mayo, FJ 4 b)].

Es, precisamente, la motivación de la resolución que declara la culpabilidad y responsabilidad de una persona la que se encuentra sometida al control de este tribunal. Así, hemos afirmado en numerosas ocasiones la radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad, quedando limitada la misión de este tribunal, cuando le es invocado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante.

Esta conclusión se ha fundamentado en dos razones de diferente índole: (i) por un lado, en que la Constitución no atribuye esa tarea de valoración a este tribunal, que no está incluida en las de amparo del derecho a la presunción de inocencia, y, (ii) por otro, en que el proceso constitucional no permite el conocimiento preciso y completo de la actividad probatoria (STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 5). De esta manera, "solo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2, y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

Este mismo canon se extiende a los supuestos de prueba indiciaria donde la supervisión de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el control de su lógica o coherencia, siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzca naturalmente a él, como desde la suficiencia o carácter concluyente, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (SSTC 127/2011, de 18 de julio, FJ 6; 142/2012, de 2 de julio, FJ 5, y 46/2022, de 24 de marzo, FJ 10.1).

En conclusión, es deber de los órganos judiciales realizar un esfuerzo dirigido a la motivación de la sentencia o pronunciamiento condenatorio, puesto que son aquellos quienes tienen un conocimiento cabal, completo y obtenido con todas las garantías del acervo probatorio, y función de este tribunal comprobar la coherencia de dicha motivación a través de una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (STC 67/2021, de 17 de marzo, FJ 3). Este control no es posible si los órganos judiciales descuidan su deber, lo que nos ha llegado a exigir que "deba asegurarse estrictamente la garantía formal de que el razonamiento efectuado por el tribunal conste expresamente en la sentencia, ya



que solo así podrá verificarse si aquel formó su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 117/2000, de 5 de mayo, FJ 3, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 13) y que ninguno de los elementos constitutivos de delito se ha[ya] presumido en contra del acusado" (STC 340/2006, de 11 de diciembre, FJ 4).

8.4.- Expuesto lo anterior, en el motivo segundo se cuestiona el valor de las declaraciones de los coimputados Patricia , Inocencio y Dionisio (fallecido).

Las declaraciones de Dionisio son sumariales, dado que no compareció al juicio oral a causa de su fallecimiento. Las de Patricia y Inocencio se prestan como coimputados o coacusados.

8.4.1.- Respecto a las declaraciones sumariales la jurisprudencia de esta Sala es clara, en cuanto a su aptitud para desvirtuar la presunción de inocencia, siempre que hayan sido adecuadamente introducidas en el plenario y sometidas, así, a la necesaria contradicción de las partes (vid. SSTS 890/2017, de 13-5; 416/2021, de 31-5; 446/2022, de 4-5; 791/2022, de 28-9).

En efecto, como hemos recordado en STS 190/2021, de 3-3, las reglas generales sobre qué prueba ha de considerarse válida para acreditar la existencia del hecho y la participación en el mismo del acusado, aceptadas de forma consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala, pueden sintetizarse, conforme las SSTS 882/ 2008 de 17 diciembre y 158/2014 de 12 marzo, en que en principio, es bien conocida la doctrina, también proclamada por el Tribunal Constitucional, y que recordábamos en nuestra Sentencia 882/2008 de 17 de diciembre, conforme a la cual en principio, únicamente pueden considerarse auténticas pruebas (STC de 18 de junio de 2.001 y SS.T.S. de 20 de septiembre y 5 de noviembre de 1.996, 4 de febrero, 18 de marzo y 30 de mayo de 1.997, 23 de junio y 26 de julio de 1.999 y 3 de noviembre de 2.000, entre otras), que vinculen al Tribunal encargado de dictar sentencia, las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal sentenciador. Por el contrario, las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (art. 299 L.E.Cr.) que no constituyen en sí mismas pruebas de cargo, pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos, para que éstos trasciendan a la resolución judicial, sino la de preparar el juicio oral, proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

Tal regla general conoce excepciones a las que se denomina con terminología no siempre de general aceptación. En la Sentencia de 30 de junio de 2.008, resumíamos la doctrina que el Tribunal Constitucional enunciaba en la Sentencia de 18 de junio de 2.001 en la que se concretaban los requisitos que han de concurrir para valorar como prueba las diligencias practicadas en fase de instrucción: a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2; 115/1998, de 1 de junio, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

Y también se advertía que este criterio afecta especialmente a las declaraciones testificales de los testigos de cargo, puesto que el derecho a interrogar a éste forma parte esencial del derecho de defensa según el art. 6.3.d) del Convenio de Roma de 1.950 y el art. 14.3.e) del Pacto de Nueva York de 1.966, que conceden a todo acusado, como mínimo y entre otros, "el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaran contra él" (véanse SS.T.S. de 18 de marzo de 1.997, ya citada, de 17 de diciembre de 1.998, y Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de septiembre de 1.993 recaída en el caso "Saïdi/ Francia"). Por esta razón, la doctrina jurisprudencial exige como requisito necesario para elevar a la categoría de prueba la diligencia de contenido incriminatorio practicada en fase de instrucción, que se garantice la contradicción, siempre que sea factible, es decir, que la defensa del acusado pueda intervenir eficazmente en la práctica de dicha diligencia ejerciendo su derecho a la contradicción interrogando al testigo cuando se trata de declaraciones testificales (SSTEDH de 20 de noviembre de 1.989, asunto Kostovski; de 27 de septiembre



de 1.990, asunto Windisch; 19 de diciembre de 1.990, asunto Delta; 19 de febrero de 1.991, asunto Isgró; 26 de abril de 1.991, asunto Asch; 28 de agosto de 1.992, asunto Artner; 20 de septiembre de 1.993, asunto Saidi, ya mencionado). Todavía más: los Tribunales no pueden valerse de las actas del sumario referentes a personas que podrían haber declarado en el juicio oral, permitiéndose la utilización del art. 730 L.E.Cr. con riguroso carácter de excepción cuando realmente la presencia del testigo sea imposible o de muy difícil y verificada asistencia, y así se ha admitido cuando el testigo haya muerto, o sea imposible de localizar por encontrarse en ignorado paradero, o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal "y no sea factible lograr su comparecencia", debiendo quedar acreditado que por el órgano jurisdiccional se han agotado razonablemente las posibilidades para su localización y citación.

En nuestras Sentencias de 24 de febrero de 2009 y 10 de marzo de 2009, diferenciábamos los diversos supuestos en que actúa la citada excepción especificando los requisitos de las diligencias para su asunción en cada uno de esos supuestos.

a) La denominada "prueba preconstituida" -que no constituye verdadera prueba- que se refiere a las diligencias sumariales de imposible repetición en el Juicio Oral por razón de su intrínseca naturaleza, y cuya práctica, como sucede con una inspección ocular y con otras diligencias, es forzosamente única e irrepetible.

b) La llamada prueba anticipada en sentido propio. Se admite en el procedimiento ordinario por el art. 657 punto tercero, que al regular los escritos de conclusiones provisionales faculta a las partes para pedir que se practiquen "desde luego aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el Juicio Oral, o que pudieran motivar su suspensión". Norma que en el Procedimiento Abreviado tiene su correspondencia en los arts. 781- 1 punto tercero, y 784-2, que permiten a la acusación y a la defensa, respectivamente, solicitar "la práctica anticipada de aquellas pruebas que no pueden llevarse a cabo durante las sesiones del Juicio Oral". En todos estos supuestos la excepcionalidad radica en la anticipación de la práctica probatoria a un momento anterior al comienzo de la vista del Juicio Oral. En lo demás se han de observar las reglas propias de la prueba, sometida a los mismos principios de publicidad, contradicción e intermediación ante el Tribunal juzgador que prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada (art. 785-1 de la LECr).

c) La denominada prueba anticipada, apostillada de "impropia" para diferenciarla de la anterior y que se refiere a las pruebas testificales que ya en la fase sumarial se prevén como de reproducción imposible o difícil por razones que, aún ajenas a la propia naturaleza de la prueba, sobrevienen en términos que permiten anticipar la imposibilidad de practicarla en el juicio Oral. Estos supuestos se rigen en el procedimiento abreviado, por el art. 777 de la LECr, disponiendo que cuando por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el Juicio Oral o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Como ante el Juez de Instrucción no se satisface la intermediación, el precepto garantiza al menos una cierta intermediación de segundo grado o menor al exigir que esa diligencia ante el Instructor se documente "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o bien -previendo quizá la secular falta de medios- por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial con expresión de los intervinientes. En el procedimiento ordinario los preceptos correspondientes se encuentran en el art. 448 y 449 de la LECr cuyas exigencias son: a) En cuanto al presupuesto, que haya motivo racionalmente bastante para temer la muerte del testigo o su incapacidad física o intelectual antes de la apertura del Juicio Oral, o bien que el testigo, al hacerle la prevención referida en el art. 446 acerca de su obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cite para ello, manifieste: "la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse de la Península"; b) en cuanto al modo de practicarse: que se provea de Abogado al reo por su designación o de oficio "para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo"; que se le examine "a presencia del procesado" y de su Abogado defensor -a salvo el supuesto del art. 449 - y a presencia del Fiscal y del querellante si quisieren asistir al acto, permitiéndoles las preguntas convenientes; que la diligencia consigne las contestaciones a estas preguntas y sea firmada por los asistentes; c) en cuanto a su introducción en el Juicio Oral, que en el acto de la vista se proceda a la lectura de esta diligencia de prueba preconstituida o anticipada, exigencia que, sin estar expresada en el art. 448 , es de cumplimiento necesario por elemental observancia de los principios de intermediación, publicidad y contradicción. Así lo evidencia que lo exija el art. 777 en el procedimiento abreviado sin que tenga justificación alguna prescindir de lo mismo en el ordinario, referido como está a delitos de mayor gravedad y d) que además la imposibilidad anticipadamente prevista durante el sumario, para comparecer al Juicio Oral, legitimadora de su anticipada práctica en aquella fase procesal, subsista después de ella, puesto que si por cualquier razón le fuera posible luego al testigo acudir al Juicio Oral, no puede prescindirse de su testimonio en ese acto ni se justifica sustituirlo por la declaración prestada según el art. 448 en la fase sumarial.



d) Y, finalmente, los casos en que no siendo posible como en los anteriores prestarse la declaración testifical en el Juicio Oral, la imposibilidad, a diferencia de ellos, se debe a factores sobrevenidos e imprevisibles. En ese ámbito dispone el art. 730 de la LECr que podrán leerse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que por causa independiente de la voluntad de aquéllas no puedan ser reproducidas en el Juicio Oral.

Por tanto el legislador ha previsto la incomparecencia del testigo de cargo al plenario por alguna de las causas que la jurisprudencia ha establecido al interpretar el art. 730 LECrim: cuando el testigo haya muerto o se encuentre fuera de la jurisdicción del Tribunal y no sea factible lograr su comparecencia, o sea imposible de localizar por encontrarse en paradero desconocido. En tales casos el Tribunal podrá valorar las declaraciones del testigo incomparecido prestadas en fase sumarial, previa su lectura en el juicio, y siempre que dichas declaraciones se hubieran prestado de manera inobjetable.

8.5.- Situación que sería la presente en lo referente a la declaración de Dionisio , al procederse a instancia del Ministerio Fiscal a su lectura por la vía del art. 730 LECrim, dado que éste había fallecido, y se utilizó el mecanismo legal adecuado para que tal declaración estuviese a disposición de las partes y pudieran ser valoradas por el Tribunal.

Intenta el recurrente cuestionar la eficacia probatoria de esta declaración por varios motivos. Así, tal como detalla el Ministerio Fiscal en su documentado informe de oposición al motivo, que tal declaración había sido prestada hacía unos 10 años. Pues bien, es claro que la validez probatoria de la declaración no depende del tiempo que transcurre desde que se prestó hasta que se incorpora al juicio. El mero paso del tiempo no resta virtualidad probatoria. Es más, podría argumentarse que, precisamente, el hecho de que se prestase entonces, más próxima a los hechos que se juzgan y al margen de estrategias procesales propias de las posiciones que se asumen en juicio oral, le otorgan mayor credibilidad.

También se alega por el recurrente que Dionisio no las ratificó en juicio oral, refiriéndose con ello al juicio oral correspondiente a la Sentencia 490/2019, de 19 de noviembre, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla. En el motivo se transcribe un pasaje de la sentencia con el siguiente contenido: "(...) el acusado [Sr. Dionisio] en el acto deljuicio se acogió a su derecho a no declarar, manifestando que no ratificaba las declaraciones prestadas en fase de instrucción, según dijo porque en aquellos momentos tenía una presión mediática enorme y de la Policía para que declarase y además porque no se recoge exactamente lo que en algunas ocasiones dijo textualmente".

La alegación resulta rechazable por varios motivos. En primer lugar, porque ello ocurre en un procedimiento y juicio distinto al que nos ocupa, en el que las circunstancias procesales son diferentes y donde el recurrente no fue parte. Aquí, Dionisio había fallecido y no pudo declarar o no declarar, ni ratificar o rectificar. No podemos aventurar cuál habría sido su postura. En segundo lugar, porque como se precisa en la STS 890/2017, de 13 de marzo, citada en la sentencia de instancia, aun acogándose a su derecho a no declarar sus declaraciones sumariales sí pueden introducirse en el juicio y ser valoradas a través del art. 714 LECrim. Y en tercer lugar, porque leyendo con atención el pasaje reproducido en el motivo se comprueba que Dionisio se acoge con una vaga justificación a su derecho a no declarar y como consecuencia de ello no declara, pero ni se desdice ni desmiente su declaración, ni mucho menos hace referencia expresa a aquellos pasajes de la sentencia relativos a ACYCO y al recurrente Roque .

8.6.- En cuanto a las declaraciones de los coimputados-acusados (Patricia y Inocencio , y el propio Dionisio) existe una jurisprudencia consolidada que les otorga un valor probatorio condicionado pero efectivo (SSTS 283/2021, de 19-3; 466/2021, de 31-5; 853/2021, de 10-11; 499/2022, de 9-5).

Igualmente el Tribunal Constitucional, consciente, ya desde la s. 153/97, de 28-9, de que el testimonio de coacusado solo de forma limitada puede someterse a contradicción por la condición procesal de aquel y los derechos que le son inherentes, ya que a diferencia del testigo, no solo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente, en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable que le reconoce a todo ciudadano su derecho a no colaborar con su propia incriminación (STC 57/2002, de 11-3; 132/2002, de 22-7; 132/2004, de 20-9) ha venido disponiendo una serie de cautelas, para que la declaración del coacusado alcance virtualidad probatoria, y así ha exigido un plus probatorio, consistente en la necesidad de su corroboración mínima a la misma.

En este sentido la jurisprudencia ha establecido con reiteración (SSTS 60/2012 8.2; 84/2010 de 18.2; 1290/2009 de 23.12) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS nº 1330/2002, de 16 de julio, entre otras).



Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias (STC 115/1998, 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que desmarca la presunción de inocencia".

No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, "más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso" (STC nº 68/2002, de 21 de marzo). Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001, es que "la declaración quede "mínimamente corroborada" (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado "algún dato que corrobore mínimamente su contenido" (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración", (SSTC. 118/2004 de 12.7, 190/2003 de 27.10, 65/2003 de 7.4, SSTs. 14.10.2002, 13.12.2002, 30.5.2003, 12.9.2003, 30.5.2003, 12.9.2003, 29.12.2004).

En este sentido las sentencias Tribunal Constitucional 102/2008 de 28.7, FJ. 3 y 91/2008 de 21.7, FJ. 3, recuerdan que este Tribunal viene declarando por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que "la declaración de un coimputado es una prueba "sospechosa" en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal (STC 17/2004, de 23 de febrero FJ 3). En sentencias recientes, resumiendo nuestra doctrina al respecto, hemos afirmado que "las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. Las reglas de corroboración se concreta, por una parte, en que no ha de ser plena, sino mínima, y, por otra, en que no cabe establecer que ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejarse el análisis caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no.

Igualmente hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados. Por último este Tribunal también ha declarado que la declaración de un coimputado no puede entenderse corroborada, a estos efectos, por la declaración de otro coimputado y que los elementos cuyo carácter corroborador ha de ser valorada por este son exclusivamente los que aparezcan expresados en las resoluciones judiciales impugnadas como Fundamentos probatorios de la condena (por todas, SSTC. 230/2007 de 5.10 FJ. 3 0 y 34/2006 de 13.2), teniendo en cuenta en primer lugar, que la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado (STC 57/2009 de 9.3); y en segundo lugar, que son los órganos de instancia los que gozan de la intermediación y de un contacto directo con los medios de prueba, en el presente caso, y desde la posición que



ocupa este tribunal, debe concluirse que los concretos elementos de corroboración referidos en la sentencia impugnada cumplen con las exigencias constitucionales para superar los mínimos necesarios que doten de suficiencia a la declaración del coimputado para enervar la presunción de inocencia del recurrente.

Bien entendido, como se ha subrayado en SSTC. 160/2006 de 22.5 y 148/2008 de 17.11, que ha de resaltarse que el que los órganos judiciales razonen cumplidamente acerca de la credibilidad de la declaración del coimputado con base en consideraciones tales como su cohesión o persistencia, o en la inexistencia de animadversión, de fines exculpatorios en la misma, o en fin, de una aspiración de un trato penal más favorable carece de relevancia alguna a los efectos que aquí se discuten; esto es, tales factores no se alzan, por sí mismos, en elementos externos de corroboración, sino que únicamente cabe su aplicación cuando la prueba era constitucionalmente apta para enervar la presunción de inocencia, por lo que es preciso que el testimonio disponga, como paso previo, de una corroboración mínima proveniente de circunstancias, hechos o datos externos al mismo. Así es, pues obvio resulta que aquellas apreciaciones afectan, justamente, a la verosimilitud de la declaración o, lo que es igual, a elementos o circunstancias propias o intrínsecas a las personalidad o motivaciones del declarante, por lo que en modo alguno pueden considerarse como hechos o datos autónomos que sirvan para respaldar su contenido (SSTC 65/2003 de 7.4, 118/2004 de 12.7, 258/2006 de 11.9).

Ahora bien, si como ya se ha señalado, no cabe considerar elementos de corroboración mínima la inexistencia de contradicciones o de enemistad manifiesta, el Tribunal Constitucional ya ha reiterado que la existencia entre lo declarado por un coimputado y las circunstancias del condenado atinentes a la conducta delictiva "configuran una realidad externa e independiente a la propia declaración del coimputado que la avalan" (SSTC. 233/2002 de 9.12, 92/2008 de 21.7).

En definitiva, la doctrina jurisprudencial sobre la valoración probatoria de la declaración del coimputado, podemos condensarla, siguiendo la STS 499/2022, de 9-5, en:

- "a) La declaración incriminatoria de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional.
- b) La declaración incriminatoria de un coimputado es prueba insuficiente, como prueba única, y no constituye por sí sola actividad probatoria de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia.
- c) La aptitud como prueba de cargo suficiente de la declaración de un coimputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado.
- d) Se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.
- e) La valoración de la existencia de corroboración del hecho concreto ha de realizarse caso por caso.
- f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado.

En lo que hace referencia a cuándo debe considerarse mínimamente corroborado el contenido de la declaración del coimputado que incrimina, en orden a enervar el derecho a la presunción de inocencia de un acusado y respecto de una acusación concreta, la jurisprudencia de esta Sala refleja que para ello deben aportarse hechos, datos o circunstancias externos que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración y la intervención en el hecho concernido.

Pero hemos concretado una visión respetuosa con el núcleo esencial del derecho constitucional afectado no pasa por que la demostración de veracidad se proyecte sobre cualquier extremo del relato sometido a análisis, sino sobre un punto de la declaración que esté específica y directamente relacionado con los hechos punibles. Dicho de otro modo, por más que la corroboración objetiva no alcance la plenitud de la tesis acusatoria, esto es, de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal que pretende aplicarse, así como de la participación que pudiera tener en ellos el acusado, pues en tal coyuntura nos encontraríamos con la adecuada y perfecta aportación de un cuadro probatorio que sostiene la declaración de responsabilidad, sí que es preciso que se justifique fría e impersonalmente que la veracidad de las afirmaciones del coimputado se cernía sobre el pasaje específico de atribución de responsabilidad, lo que exige la acreditación de alguno de los extremos esenciales relativos a la puesta en peligro del bien jurídico y a la participación en ella del acusado (STC 207/2002, de 11 de noviembre, F. 4; o STS 675/2017, de 16 de octubre)."

8.7.- En el supuesto que aquí se enjuicia, como se comprueba a lo largo de la sentencia, la condena del recurrente no se funda en exclusiva en la declaración de un coimputado, ni siquiera en la de varios de ellos, aunque, sin duda, estas declaraciones tengan un indudable y valioso peso probatorio. La prueba es múltiple y diversa, son las declaraciones de los coacusados, las propias declaraciones del recurrente, la prueba testifical y la documental. Todas ellas conforman un conjunto probatorio que apuntan de forma homogénea a la responsabilidad del acusado Roque .



Y decimos que estas declaraciones (Patricia , Inocencio y Dionisio) tienen indudable valor probatorio porque provienen de personas con una posición privilegiada y protagonista en todo el entramado delictivo que se ha enjuiciado. Estas personas se sitúan en el núcleo de los hechos. Se trata, precisamente, de los responsables de la empresa a la que se dirigen las ayudas vinculadas a los ERE, ACYCO, y del Director General de Trabajo que, a su nivel dentro de la estructura organizativa de la Administración, las concede o posibilita. Son, por tanto, las personas más cualificadas para conocer y esclarecer lo ocurrido. El tribunal no puede dar la espalda a la versión de los hechos que proporcionan estas personas, sin perjuicio de la valoración crítica a que deben ser sometidas.

Que en las declaraciones de estos coimputados-acusados pueda latir una intención "auto-exoneradora" no obsta a que puedan y deban ser valoradas con las cautelas necesarias. Como tampoco obsta a que puedan resultar creíbles y veraces si, como es el caso, encajan con el resto de las pruebas y con un entendimiento lógico de lo ocurrido. Aparte de que habrían de haber sido muy ingenuas estas personas, dado su papel central en los hechos, si con las referencias que hacen al recurrente y al despacho GARRIGUES pretendieran eludir su responsabilidad.

Por último, hay que puntualizar que tampoco anula su valor probatorio el hecho de que estas personas, dada su condición de imputados o acusados, no contestasen a las preguntas de las otras defensas (ni de las acusaciones distintas del Ministerio Fiscal). Lo que hicieron es ejercitar un derecho constitucional y legal que les está reconocido. Puede ser otra cautela para su valoración, pero es incuestionable que no inutilizan su condición de prueba valorable por el tribunal.

8.8.- En este motivo se cuestiona incluso que hubiera habido "ni contactos ni reuniones por parte del Sr. Roque , al no precisarse en la sentencia, día, personas y contenido de las reuniones.

La existencia de las reuniones no debe ser cuestionada. Es lógico que una solicitud, gestión y tramitación de un ERE y de las ayudas socio-laborales asociadas al mismo, implique contactos y reuniones con los implicados y con la Administración y que en las mismas participe el despacho de abogados que gestiona y asesora. Y el resto de personas que han declarado en el procedimiento mencionan estos contactos que, como ya hemos dicho, resultan lógicos e inevitables.

-En otra alegación el recurrente señala que en el documento de compromiso de la Dirección General de Trabajo de 8-5-2003 no se le cita y a pesar de ello la sentencia lo valora como elemento probatorio.

Queja inasumible. El documento referido no puede citar al recurrente. El documento es firmado por el Director general que es la persona que se compromete. No tiene sentido que se cite al abogado que asesora. Y este documento tiene trascendencia porque, ignorando el ERE, documenta los compromisos de la Administración en la línea que el recurrente expuso y ofertó a los responsables de ACYCO.

Tampoco se aprecia relevancia a que el Protocolo de Colaboración DGTSS-ACYCO de 276 de julio de 2004 no cite al recurrente. Lógicamente lo suscriben en representación de la Administración, el Director General, y en representación de ACYCO, la Presidenta del Consejo de Administración. El Protocolo constituye el siguiente paso que se dio, tras la firma del Compromiso, para la obtención de las ayudas, siempre siguiendo el camino que el recurrente planteó al inicio a los responsables de la empresa.

Otro tanto puede decirse en relación con la no mención al recurrente por la sentencia con ocasión de la suscripción de las pólizas NUM000 , NUM001 y NUM012 . No se puede aislar cada referencia o episodio concreto de la sentencia de la narración en su conjunto para que así pierda su sentido.

Y lo mismo para las referencias que se hacen a que el recurrente no es mencionado cuando la sentencia expone acerca del Convenio de Colaboración de 10 de febrero de 2004 o de la pericial de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. Se fragmenta de forma interesada el discurso narrativo y de razonamiento de la sentencia. Y no tiene sentido la cita del recurrente en esos concretos pasajes. El contenido del Convenio y de las primas adquiere plena significación en el contexto de la secuencia de hechos completa.

También resulta ineficaz la referencia que se hace en el motivo segundo a la "Asociación 3 de Julio". Es un hecho indiscutido, que ni siquiera el recurrente niega, que este intervino en su constitución y redacción de estatutos. Y esta asociación aparecerá después como tomadora de la prima NUM000 y emisora de una factura para formalizar el pago derivado de la Adenda de 8 de julio de 2004 al Convenio de 10 de febrero de 2004.

8.9.- En la misma línea impugnativa, se discute, por ayuna de prueba y de explicación, la conclusión de la sentencia sobre el papel en todos los hechos del despacho GARRIGUES, a través del recurrente Roque , y el beneficio que obtuvieron, directa o indirectamente, los implicados.

Pero es que tal conclusión se desprende de la totalidad de lo expuesto en la sentencia a lo largo de los Fundamentos de Derecho Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno y Décimo Primero.



8.10.- En relación con la inclusión como beneficiarios de las ayudas de los "intrusos", el recurso se detiene en el significado del email que el Abogado de GARRIGUES, Victorino, dirigió al acusado Modesto (VITALIA), con el siguiente texto: "Según acordamos ayer, adjunto te acompaño el protocolo y el anexo con las primas individuales (se encuentran marcados los dos trabajadores que no pertenecen a ACYCO). Por otra parte, a continuación te señalo los honorarios que van a cargo de la póliza: 94.500 euros (Garrigues). 30.000 euros/ Deloitte & Touche, por el informe técnico".

El recurrente pretende hacer valer este email para eximirse de responsabilidad. Según su versión, GARRIGUES lo que hace es advertir a los responsables de que en las primas individuales se incluían a personas que no habían tenido relación laboral con ACYCO ("intrusos").

Sin embargo, el texto del correo no permite interpretar que se trate de una "advertencia" sobre un posible error o una inclusión improcedente. Como correctamente interpreta la sentencia, se están señalando aquellos beneficiarios que, efectivamente, no pertenecían a ACYCO, lo que acredita el conocimiento e implicación del despacho y, por ende, del recurrente en tal hecho. En el correo no se expresa sorpresa ni se piden explicaciones. No se solicita ni en este correo ni en ninguna otra comunicación procedente GARRIGUES que sean excluidos, ni hay rastro de gestión o comunicación alguna en la que GARRIGUES deje constancia o denuncie tal grosera irregularidad. Y es que, como consta documentado y no es discutido (así se refleja en la sentencia) los "intrusos" ya constaban como beneficiarios de las ayudas en el Protocolo de Colaboración DGTSS-ACYCO de 10 de febrero de 2004 y en el Convenio de Colaboración de 10 de febrero de 2004 suscrito entre la DGTSS y el IFA (anexo I del Convenio, coincidente con el del Protocolo). Y, de hecho, se suscribió específicamente la póliza NUM001 para incluir a estos "peculiares" beneficiarios que, además, gozaron de unas condiciones distintas y más ventajosas. A ello se une la especial tramitación que recibían en VITALIA este tipo de beneficiarios. Todo ello evidencia que su inclusión estaba ya decidida antes de la suscripción de las pólizas y que los abogados de GARRIGUES, como otros implicados, conocían el hecho.

A la suscripción de la póliza NUM001 y los "intrusos" la sentencia dedica los Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo que se encuentran salpicados de numerosas referencias a la implicación del recurrente. Se podrá discrepar de todo lo que ahí se expone, pero no sostener que hay un total vacío de elementos probatorios y de fundamentación.

Su mera lectura, como más adelante se pondrá de relieve, pone de manifiesto que sí hubo prueba y esta se valoró.

NOVENO.- El motivo tercero cuestiona el valor probatorio de las declaraciones de los coacusados Patricia y Nazario Inocencio.

Ya se ha razonado con anterioridad sobre la validez de las declaraciones de un coimputado o coacusado para ser consideradas pruebas de cargo en orden a enervar la presunción de inocencia, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia.

En este motivo se alude a un fragmento concreto de la declaración de Patricia referido a la emisión de la factura a nombre de la "Asociación 3 Julio" para el cobro de lo adelantado por los socios.

El concreto pasaje de la declaración en que se centra el Motivo, el Ministerio Fiscal interroga a Patricia sobre esta factura y ésta rehúsa contestar alegando que no recuerda.

Es cierto que en un momento concreto de su declaración Patricia dice que no ratifica su declaración ante la Guardia Civil, sin más precisiones o explicaciones, pero en el motivo se omite el completo contenido de la declaración que sí prestó en el acto del juicio oral.

Y sobre este concreto aspecto de los hechos, la Adenda al Convenio y emisión de la factura a nombre de la "Asociación 3 de Julio" por el supuesto adelanto por socios, la lectura del fundamento de derecho noveno de la sentencia (págs. 254, 255 y 257 a 259) es revelador:

" Patricia ha mantenido que fue la aseguradora la que exigió el pago, resultando urgente puesto que en aquel momento ya había algunos prejubilados en casa, y que fue Roque quien propuso esa solución, por lo que ella reunió a siete personas con posibilidades de obtener un préstamo personal, a las que tuvo que convencer, garantizándoles que ese dinero lo recuperarían por intermediación de Roque. Cuando entró la primera parte del dinero de La Junta, se liquidó y se traspasó a la cuenta de la Asociación en Caja Granada. Todo ello antes de la entrada del Grupo SOS al que se le dejó "la empresa toda limpia" (folio 152 de su declaración en Guardia Civil, particular ratificado en el plenario y declaraciones en el acto del juicio)."

...



" Patricia ha reconocido que remitió esa carta a Dionisio adjuntando la factura número NUM011 de fecha 27-01-2004 que le entregó Roque (Garrigues), que se dice emitida por la "Asociación 3 de Julio" por valor de 243.000 €, sin que los representantes de la Asociación tuvieran conocimiento de la misma, ni se correspondía con actividad o promoción alguna, y que si lo hizo fue porque así le fue indicado, pues ella no hacía nada que no fuera revisado por Inocencio o Garrigues. Ello a pesar de que conocía que la emisora no fue la Asociación, que no fue la que hizo el adelanto y que tampoco la cuantía coincidía con la que se decía adelantada por los siete socios.

Inocencio , al igual que en su declaración en Instrucción, (folio 1.170 y ss), negó que emitiera la factura, no fue él quien la hizo y no sabe quién la elaboró. No obstante, el acusado conocía su existencia y contenido y realizó gestiones para que la misma fuera pagada. Así se desprende de un fax fechado el 5 de julio de 2004 que le remite a Roque (folio 392 Tomo II, Anexo I) al que le adjunta la citada factura, (folio 388 del mismo Tomo, folio 392 de las actuaciones)".

...

9.1.- En estos hechos además de Patricia y Inocencio , ha tenido una activa intervención el acusado Roque .

Respecto del abono de la suma, supuestamente, anticipada, Roque manifestó que Inocencio y Patricia acudieron a él desesperados, pidiéndole que reiterara la solicitud para que les abonaran lo que habían adelantado. Él lo único que hizo fue "rebotar" la petición a Dionisio , sólo le mandó un fax al que adjuntó la factura reflejada en el folio 161. Efectivamente vio el documento pero nada tuvo que ver con su elaboración ni lo revisó, haciéndolo sólo por colaborar, pues su intervención se ciñó a lo que era estrictamente la tramitación del ERE en sí.

Existen, sin embargo, datos que corroboran que el acusado tuvo una intervención activa en la concesión de la ayuda que culminó en la Adenda al Convenio.

La implicación que el acusado Roque tuvo en estos hechos resulta acreditada con el email remitido a Dionisio requiriéndole al el abono de la factura, quedando acreditado su conocimiento y la utilización de la misma, instando a Dionisio a buscar la fórmula para conseguir su abono por la Junta de Andalucía, formulando propuestas como la de desviar una parte de las cantidades destinadas al abono de la prima de la póliza de seguros der Acyco para este pago o la propia elaboración y pago de la factura.

A este respecto resulta significativo el escrito de fecha 5 de julio de 2004 que Roque dirige al Director General Dionisio , al que acompaña la factura por el importe adelantado de 210.000 euros más el IVA, en donde figuraba que era emitida por la "Asociación 3 de Julio" (Folio 162 de la causa y también al folio 391 del Tomo II del Anexo I). En este correo Roque se dirige a Dionisio y literalmente le dice: "En relación con la póliza de prejubilaciones de ACYCO, me confirman tanto Patricia como Modesto (VITALIA) que hay una orden de pago de 500.000 euros.". A continuación le dice que " Modesto considera que hasta que no se equilibre la póliza va a ser muy difícil obtener un reintegro de la Compañía de Seguros dado que la misma sigue siendo deficitaria". Razones por las que esto coloca en una situación muy difícil a las personas que adelantaron el anticipo del primer pago de la póliza, ya que la póliza de crédito que habían solicitado vencía esa semana y tendrían que renovarla, cosa que no pueden hacer". Roque le ruega a Dionisio que comenten con la máxima urgencia, por ser una cuestión de la máxima prioridad, las posibles soluciones, planteándole en este correo tres posibilidades. En la primera de ellas, le propone que derive "a la póliza de seguro para las prejubilaciones los 500.000 euros menos 210.000 euros que se aplicarían para el pago de ese anticipo efectuado (bien directamente, bien imputándolo a la factura emitida por dicho importe contra la Junta de Andalucía por la Asociación 3 de Julio de fecha 21 de enero de 2004)", siendo ésta la opción por la que finalmente se optó (folios 392, 393 y 388 Tomo II, Anexo I). El acusado Dionisio en su declaración enjuicio ha admitido haber remitido este mail a Dionisio junto con la peculiar factura, en la que se hacía constar además del importe de lo supuestamente adelantado, 210.000 euros, más 33.600 euros por un IVA que no había sido soportado y él lo sabía."

...

Sobre el particular ha declarado Modesto que Dionisio le llamó en 2004 para saber la compañía que había hecho la póliza y hacer una Adenda. Que del anticipo efectuado por varios socios se enteró como un año y pico después por una comunicación que le hicieron Dionisio o Roque , con quienes habló sobre la posible devolución por parte de la compañía, siendo este último quien le dijo que la devolución se produciría en un año. Les comenta lo difícil que sería que la compañía devolviese el importe abonado cuando la póliza era deficitaria, que efectivamente hizo gestiones y preguntó a la señora Julieta acerca de esta posibilidad, diciéndole ésta que ello no era posible porque La Junta les debía mucho.

Tras las anteriores reclamaciones, consultas y contactos entre Patricia , Inocencio , Roque y Modesto , finalmente Dionisio decidió suscribir una Adenda de fecha 8-07- 2004.



...

Todo apunta a que la remisión del correo electrónico de 5 de julio que Roque dirige a Dionisio fue el desencadenante de la suscripción de la Adenda y del abono de los 243.600 € pues apenas dos días después, el 7 de julio de 2004, en el que el Director de Finanzas, de IFA-IDEA, Romeo, da mandamiento de pago, ordenando al Monte, Caja de Huelva y Sevilla que transfieran a la Asociación 3 de Julio 243.600 €, con el ruego de que indiquen en observaciones que se trata de un pago de ayuda a Acyco.

La Adenda es de fecha 8-07-2004 y sólo permitía el futuro abono de 210.000 euros, cuando el día anterior ya se había ordenado el pago de 243.600 € que se correspondía con el importe de la factura y que fue lo que finalmente se transfirió a la Asociación 3 de julio.

Los informes favorables a la Adenda por parte de los departamentos de finanzas, administración y asesoría jurídica de IFA-IDEA datan de una fecha posterior a la de su firma por el director general Sr, Sergio."

9.2.- Por último en el motivo tercero, la pretensión del recurrente de reclamar la misma valoración probatoria y fallo absolutorio que el dictado para el acusado Sergio .

El motivo debe ser desestimado.

Se suele invocar en casación la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, cuando según el recurrente condenado se le trata de modo desigual en relación a otros imputados que resultaron absueltos o más levemente condenados.

Como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo en sentencias 636/2006 de 8.6 y 483/2007 de 4.6, remitiéndose a las sentencias de 26.7.2005, 9.7.93 y 6.11.89, "sólo la diferencia arbitraria, ilógica o carente de sentido respecto al tratamiento jurídico-penal de los sujetos a un proceso penal en cualquiera de sus expresiones, incluido el ámbito penológico puede determinar una violación del artículo 14 de nuestra Ley Fundamental". En este sentido se ha manifestado igualmente el Tribunal Constitucional, en sentencia 200/1990 que "el principio de igualdad protege frente a divergencias arbitrarias de trato en resoluciones judiciales, evitando el capricho, el favoritismo o la arbitrariedad del órgano judicial, e impidiendo que no se trate a los justiciables por igual y se discrimine entre ellos". El mismo Tribunal en las sentencias 23/1981 y 19/1982 declara que no se excluye la posibilidad de un trato diferente, pero sí las diferencias injustificadas o arbitrarias, carentes de justificación objetiva y razonable.

El principio de igualdad ordena tratar de distinto modo a lo que es diferente (STC 50/1991). Por lo demás, el principio de igualdad, por lo demás, no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, por cuanto la desigualdad, en sí misma, no constituye necesariamente una discriminación. La igualdad, ha de entenderse como parificación ante el ordenamiento positivo en idénticas circunstancias, y con paralelo comportamiento o conducta, es decir, que si los casos son idénticos, el tratamiento legal debe ser el mismo para todos (STS de 28 de octubre de 2004).

El principio de igualdad se vulnera, dice la STS. 999/2005 de 2 de junio, cuando se produce un trato desigual, carente de justificación objetiva y razonable (STC 106/1994). La alegación sobre su posible vulneración debe examinarse, por lo tanto, desde la perspectiva de la existencia de un tratamiento desigual a supuestos de igualdad, o incluso desde el tratamiento igualitario de situaciones patentemente desiguales, siempre constatando la inexistencia de una justificación suficiente (STS. 10.4.2003), bien entendido que como recordó la STC. 88/2003, "el principio de igualdad ante la Ley no da cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad" (por todas, SSTC 43/1982, de 6 de julio; 51/1985, de 10 de abril; 40/1989, de 16 de febrero), de modo que aquél a quien se aplica la Ley no "puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la Ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido" (STC 21/1992, de 14 de febrero), ni puede pretender específicamente su impunidad por el hecho de que otros hayan resultado impunes, pues, la impunidad de algunos "no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos (STS. 502/2004 de 15.4).

Consecuentemente cada cual responde de su propia conducta penalmente ilícita con independencia de lo que ocurra con otros (SSTC 17/1984, de 7 de febrero; 157/1996, de 15 de octubre; 27/2001, de 29 de enero). La no imposición de sanciones en otros casos en nada afecta a la corrección de las sanciones efectivamente impuestas, pues, a estos efectos sólo importa si la conducta sancionada era o no merecedora de dicha sanción.

9.3.- En el caso que nos ocupa, cada acusado tiene un papel diferente en los hechos y la prueba respecto a cada uno puede ser común o distinta. Y el papel que se atribuye a este recurrente y el que corresponde a Sergio nada tiene que ver.



El recurrente participa de forma constante en todos los hechos desde el inicio hasta el final y su posible responsabilidad se extiende a todo el complejo conjunto de hechos.

El acusado absuelto Sergio , por el contrario, aparece de forma puntual en la suscripción de la Adenda al Convenio y desde el lado de la Administración. Y como razona la sentencia para fundamentar y justificar el fallo absolutorio, había tomado posesión del cargo muy poco antes de la suscripción y dispuso de informes favorables.

Por tanto, no hay paralelismo entre ambos acusados, y los razonamientos para uno y otro son distintos y no intercambiables.

DÉCIMO.- El motivo cuarto se refiere a la subvención excepcional para el cobro de la minuta del Despacho Garrigues, señalando que no ha existido valoración de la prueba (ni racional ni irracional) de forma que la estructura externa de esa inexistente valoración probatoria es vulneradora del derecho a la presunción de inocencia.

El motivo debería ser desestimado.

10.1.- La sentencia (fundamento de derecho 11º) razona que bajo la apariencia de una subvención por ayuda socio-laboral para salvaguardar puestos de trabajo de 144 trabajadores de ACYCO, lo que en realidad era el pago de la minuta y factura atrasada del despacho Garrigues por la tramitación del ERE y de las ayudas socio-laborales y se hace prescindiendo por completo del procedimiento legalmente establecido.

La cuestión, por tanto, no es si el importe de los honorarios se ajustaba o no a los de mercado, ni si el recurrente conoció o no "los déficits procedimentales" y la "mendacidad" del expediente de concesión de la ayuda que se elaboró.

Es decir, el problema no radica en el modo que se hizo -que también- sino en que esta ayuda, de la que se benefició la empresa ACYCO, que quedó liberada de las obligaciones derivadas de las relaciones laborales y el ERE, era ilegal y, en este caso, malversadora, al confeccionarse un expediente mendaz y encubridor, dado que los gastos de la minuta, en modo alguno, podrían ser "subvencionables".

Y el recurrente difícilmente podría desentenderse del cobro de la minuta que se generó precisamente por los trabajos profesionales que prestó. En el propio motivo se admite que el recurrente intentó el cobro de los honorarios y sabía, además, que se iba a tramitar una subvención para el pago de esos honorarios y que, por tanto, el pago iba a recaer en el erario público -aunque negase conocer el procedimiento que se iba a emplear para ello-.

Se alega que para ello que Garrigues Abogados demandó a ACYCO en procedimiento civil, pero en éste ACYCO alegó que los servicios profesionales "habían sido encomendados a la actora por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la entonces Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía" solicitando que esta Administración fuera llamada al proceso. Y ello, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso - "al margen de que se aprecia cierta incongruencia en el planteamiento al alegar que los honorarios eran "subvencionables" y podían ir a cargo de la Administración y, al mismo tiempo, demandar a ACYCO para también procurar su cobro. La secuencia es ciertamente reveladora del carácter fraudulento e irregular de lo ocurrido."-

Estos concretos hechos son objeto de análisis y valoración en el fundamento de derecho décimo primero de la sentencia de instancia (págs. 277 a 295), siendo las explicaciones del Tribunal extensas, detalladas y precisas y versan sobre cuestiones de prueba y valorativas.

UNDÉCIMO.- Los motivos quinto y sexto se articulan para el supuesto de que parte de que haya existido auténtica valoración de la prueba, al entender el recurrente que cada valoración resulta irracional.

11.1.- En el motivo quinto se cuestiona la eficacia probatoria de las declaraciones de los coacusados Patricia , Inocencio y Dionisio .

En el análisis del motivo segundo ya se expuso la doctrina jurisprudencial en orden a la posibilidad de utilizar como prueba las declaraciones de coimputados o coacusados y las declaraciones sumariales, por lo que nos remitimos a lo ya expuesto en dicho motivo.

Se señala también con finalidad exculpatoria el hecho de que los dos "intrusos" no figuraban en la lista de trabajadores del ERE presentada en la Delegación Provincial de , refiriendo en su apoyo la declaración prestada en el juicio oral por Carlos Alberto , abogado del despacho Garrigues. Alegación intrascendente. Los "intrusos" por razones obvias, no podían figurar en el listado y documentación del ERE dado que no eran trabajadores de ACYCO. No podía presentarse ante la Delegación Provincial una lista con personas que no eran trabajadoras de la empresa. En conclusión, como beneficiarios se efectúa en documentos de otro tipo (Compromiso, Protocolo,



Convenio, Pólizas) que se iban suscribiendo a la vez que el ERE y en base al irregular sistema de concesión de ayudas que se diseñó y utilizó.

El motivo discrepa de la conclusión de la sentencia de que el recurrente ofertó sus servicios a ACYCO bajo la premisa de que los honorarios serían asumidos por la Junta de Andalucía. La sentencia razona que así lo afirmó Patricia y existen documentos que apuntan claramente a ello, y al final de todo se concedió, de manera totalmente irregular, una ayuda socio-laboral a ACYCO con cargo a fondos públicos para el pago, precisamente, de los honorarios de Garrigues por los servicios de asesoramiento prestados por el recurrente.

11.2.- El motivo sexto cuestiona la prueba del elemento subjetivo del delito. Niega el recurrente la existencia de prueba de que actuó dolosamente y afirma que la sentencia no justifica como, dada su condición de "extraneus" pudo acceder al conocimiento de los detalles en los que se asentaba la ilicitud [del sistema preestablecido] (utilización de las transferencias de financiación y que el Convenio de 2001, no fue informado por los servicios jurídicos ni por la Intervención de la Junta, inexistencia de fiscalización...). Línea de defensa esgrimida en el informe elaborado en 2009 por la propia firma Garrigues a petición de Calixto (Director General de Trabajo del 29-4-2008 al 6-4-2010) que se pronunció sobre la verdadera naturaleza jurídica de las ayudas como subvenciones y acerca de las ilegalidades procedimentales en que se estaba incurriendo.

11.3.- Debemos destacar que el recurrente no solo es que sea abogado, sino que lo era de una de las firmas más prestigiosas y reconocidas de este país, cual es Garrigues.

Y aunque es factible que el recurrente estuviese alejado de las modificaciones presupuestarias, de las concretas partidas presupuestarias que se modificaron, de la utilización del mecanismo de las transferencias de financiación o de los Convenios suscritos entre la Dirección General y el IFA. Pero es claro que tuvo a su alcance, para comprender y conocer, el cúmulo de irregularidades que se produjeron en la concreta tramitación de este expediente, reveladoras de que se estaba utilizando un sistema esencialmente irregular e ilícito: adjudicación de ayudas sin concurso público ni publicación en boletines oficiales, ausencia de procedimiento legal que lo encauzara, Convenio y Protocolo con listados de trabajadores que no coinciden con los del ERE, introducción como beneficiarios de personas que no habían trabajado para la empresa, liberación de la empresa de las obligaciones laborales derivadas del ERE, articulación de las ayudas a través de pólizas de seguros y entidades privadas, intervención de aseguradoras no autorizadas, suscripción de Adenda al Convenio con emisión de factura mendaz, cobro a cargo de la Administración del estudio de viabilidad de la empresa, incorporación como "tomadoras" de pólizas de una entidad aseguradora o de una asociación cuando el pago de las primas es a cargo de la Administración, o el propio cobro de sus servicios profesionales de asesoramiento con estos mismos fondos públicos bajo la cobertura de un irregular expediente de concesión de una ayuda o subvención excepcional.

El informe elaborado por Garrigues en el año 2009, la propia firma a la que pertenecía, que tras analizar las ayudas que se estaban concediendo (como las de ACYCO en que intervino el recurrente), pudo constatar el carácter claramente irregular del sistema.

Y por último se alega que este recurrente no tuvo enriquecimiento económico ni rédito político por su participación en los hechos. Pero ello no es obstáculo para su responsabilidad penal por su participación en unos hechos constitutivos de delito de los que sí ha habido otros terceros beneficiados. Sin olvidar que por los servicios prestados por el acusado se generó una minuta de 109.620 €, de los que 82.000 € fueron cobrados por Garrigues con cargo a la Administración.

11.4.- La participación del recurrente se deduce de diversos razonamientos de la sentencia recurrida contenidos en los fundamentos de derecho sexto a noveno y décimo primero.

Así, en el fundamento de derecho sexto aparece en el origen de la secuencia delictiva que se inicia con la presentación de solicitud de ERE, Plan Colectivo de Prejubilaciones, Protocolo de Colaboración y suscripción de las pólizas NUM000 y NUM001 .

En el fundamento de derecho séptimo, donde se aborda la inclusión como beneficiarios de los dos "intrusos" que se materializó en la suscripción de la póliza NUM001 .

En el fundamento de derecho octavo, se dedica, específicamente, a la intervención del Sr. Roque en esta inclusión de los intrusos como beneficiarios de la póliza.

En el fundamento de derecho noveno, se analiza la suscripción de la Adenda de 8-7-2004 al Convenio de Colaboración DGTSS-IFA de 10-2-2004.

Finalmente el fundamento de derecho décimo primero es el dedicado a la subvención excepcional que encubría el pago de los honorarios del despacho de Garrigues por los servicios profesionales prestados por el



recurrente, y contiene razonamientos que directa o indirectamente apuntalan la participación y responsabilidad del recurrente por estos específicos hechos.

En base a lo razonado, hay datos probatorios de la intervención de este recurrente en los hechos desde su inicio hasta el final. Y tales datos han de valorarse en su conjunto, interrelacionados unos con otros. La presencia de Roque a lo largo de toda la secuencia delictiva es una constante que evidencia su responsabilidad en lo sucedido.

II) MOTIVOS FORMALIZADOS POR INFRACCIÓN DE LEY AL AMPARO DEL ART. 849.1 LECRIM (NO REFERIDOS A PRONUNCIAMIENTOS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL NI SOBRE DILACIONES INDEBIDAS).

DUODÉCIMO.- Conviene recordar que en relación al motivo por infracción de ley, art. 849.1 LECrim, es constante la jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 83/2022, de 27-1, en el sentido de que 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 el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. 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. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

12.1.- Por tanto, desde esta perspectiva se analizarán los recursos interpuestos por esta vía, partiendo de que en realidad en ninguno de los motivos articulados por esta vía casacional, se cuestiona que los hechos relatados en el "factum" de la sentencia constituyan los delitos de prevaricación, falsedad documental y malversación por los que se condena, al objetarse cuestiones como son la participación dolosa en los delitos, la continuidad delictiva apreciada en la sentencia o la responsabilidad por los mismos a título de cooperación necesaria en vez de complicidad. Pero no se discute que en los hechos se describan resoluciones manifiestamente injustas, ilegales o arbitrarias, que se haya producido una injustificada distracción de fondos públicos en beneficio de particulares que se vieron, así, económicamente beneficiados o que se hubiese confeccionado un expediente íntegramente mendaz de subvención para encubrir otra distracción de la misma naturaleza.



En el relato de hechos probados constan los datos fácticos necesarios para la subsunción en el delito continuado de prevaricación identificando las resoluciones prevaricadoras y en abierta contradicción con el ordenamiento jurídico.

Podemos hacer una relación esquemática de las ilegalidades más llamativas que se advierten en los hechos:

1. Concesión de las ayudas en base al inadecuado sistema de las transferencias de financiación y modificaciones presupuestarias y utilización de la partida 31 L.
2. Las ayudas a ACYCO constituyen una subvención a la empresa y no a los trabajadores ya que es a aquella a quien corresponde los compromisos con los trabajadores derivados de la extinción de sus relaciones laborales.
3. No hay análisis económico sobre la procedencia de las ayudas en función de las circunstancias de los beneficiarios o de la falta de capacidad de la empresa para asumir las obligaciones que recayeron en la Junta de Andalucía.
4. Se prescindió totalmente del procedimiento establecido. Y se obvió el marco normativo de aplicación en la fecha de los hechos (Ley de Subvenciones, Reglamento de Subvenciones de la Junta de Andalucía, y Órdenes Ministeriales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 1994 y 1995).
5. No hubo solicitud formal por parte de ACYCO como tampoco por la Junta se establecieron bases reguladoras de su otorgamiento, selección, baremo, límites o condiciones de las subvenciones. No se respetaron los principios de publicidad, concurrencia y objetividad. Ni tampoco se acreditó el carácter excepcional de las ayudas.
6. No se dictaron resoluciones motivadas de concesión de subvención por la Consejería.
7. No se respetaron los límites legales para la asunción de compromisos de carácter plurianual.
8. El Convenio particular de 10 de febrero de 2004 DGTSS e IFA no contiene su objeto y alcance, la cuantía de las ayudas, plazo de ejecución de cada acción o la composición de la Comisión de Seguimiento, tal y como exigía el Convenio Marco de 17 de julio de 2001.
9. En el Protocolo de Colaboración DGTSS-ACYCO de 16 de julio de 2003 la empresa quedaba obligada al cumplimiento del Plan de Inversiones y Futuro como condición de la concesión de las ayudas y tal plan resultó inexistente.
10. No se siguió el procedimiento establecido por la Ley de Contratos del Estado para la selección de las aseguradoras. Como tampoco para la selección de la "entidad asesora" que intervino en la "gestión del proceso de prejubilaciones" cuyo coste fue a cargo de la Junta de Andalucía a través de un expediente de subvención en favor de ACYCO.
11. Medió en la suscripción de la póliza la entidad VITALIA que no tenía autorización para operar como correduría de seguros.
12. Se suscriben pólizas con "Personal Life" que carecía de la preceptiva autorización administrativa para operar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
13. En las pólizas aparece formalmente como tomador la "Asociación 3 de Julio" y "VITALIA" cuando el pago de las primas es a cargo de la Junta de Andalucía ("tomador impropio").
14. La comisión de las mediadoras fue del 15,24%, muy superior a la media del sector en el año 2005 que era del 2,51% lo que supuso una comisión superior en 339.485 euros a lo que hubiera correspondido.
15. Los baremos y criterios utilizados para cuantificar el importe de las ayudas son muy superiores a los establecidos en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 5 de octubre de 1994 que regula, en el ámbito estatal, la concesión de ayudas similares.
16. Se incluyeron como beneficiarios a dos personas que nunca habían tenido relación laboral con la empresa.
17. Se incluyó como beneficiaria de dos pólizas a la Presidenta del Consejo de Administración de ACYCO (Patricia) pese a que siguió vinculada a ACYCO y continuó percibiendo retribuciones de la empresa por asistencia al Consejo de Administración.
18. Se hizo uso del irregular sistema de los denominados "pagos cruzados".
19. Se utilizó una factura mendaz para dar lugar a una Adenda al Convenio DGTSS-ACYCO.
20. Se eludió cualquier tipo de fiscalización previa por parte de la Intervención de Andalucía.
21. No se articuló seguimiento alguno de las ayudas que se concedían.



22. Las ayudas se concedían por la DGTSS sin competencia legal para ello y no por parte de la Consejería que no hizo delegación en tal sentido. Como tampoco existió aprobación previa por parte del Consejo Rector de la Agencia IFA-IDEA ni del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía en atención al importe de las ayudas.

12.2.- Similar situación se da en relación al delito continuado de malversación. En el fundamento de derecho cuarto se razona al respecto, dado que las ilegalidades e irregularidades expuestas, que ya por sí mismas conforman la prevaricación, conducen de manera natural e inexorable a una distracción ilícita y lucrativa de los fondos públicos, esto es, a la malversación ajena al interés social o general. La sentencia recurrida lo razona de este modo:

"En este caso, estamos en presencia de una disposición de dinero a favor de particulares (Acycó, Vitalia, Garrigues, Patricia e intrusos) en distintos pagos realizados como consecuencia de decisiones prevaricadoras que están en concurso medial con el delito de malversación continuado apreciado, en el que concurren los dos parámetros cualificantes de su agravación (revestir especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y daño o entorpecimiento producido al servicio público), ya que de por sí, la elevada cuantía del dinero malversado (superior a 3.300.000 euros) implica dicho entorpecimiento, además de resultar de las propias manifestaciones de los acusados Calixto y Tomás sobre las dificultades presupuestarias derivadas de las sumas subvencionadas y del hecho de la falta de fiscalización previa del gasto, sin que quepa duda que con dichas disposiciones se hubieran podido realizar actuaciones favorecedoras del empleo y el desarrollo de empresas a las que no se les ha dado oportunidad de acceder a las ayudas que legalmente pudieran corresponderles."

En definitiva, la naturaleza delictiva del sistema general, por prevaricación y malversación, la proyecta sobre la concesión de las ayudas individuales, en este caso ACYCO, incorporándose nuevos elementos de ilegalidad que precisamente, fueron facilitados por el diseño del sistema. La concesión de las ayudas individuales es la plasmación concreta del sistema general.

DÉCIMO TERCERO.- Motivo primero recurso Patricia .

Con base en el art. 849.1 LECrim por existir infracción de ley en la aplicación de los arts. 28, 390.4, 404 y 432.1 y 2 CP.

Argumenta que la recurrente se limitó a solicitar unas ayudas socio-laborales que se concedían en aquella época por la Administración, contratando para ellos los servicios profesionales de un acreditado bufete de abogados (Garrigues).

Que desconocía la ilegalidad en que se asentaba el sistema de concesión de las ayudas. Asimismo, que el relato de hechos probados se basa en meras sospechas, sin que haya pruebas de que la recurrente indujera a la Administración a dictar resoluciones ilegales.

13.1.- El relato de hechos probados -cuyo respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim-, destaca un papel central y protagonista de Patricia , como Presidenta del Consejo de Administración de ACYCO, situándola en todos y cada uno de los momentos decisivos de la prolongada sucesión de hechos que tuvo lugar.

Podemos destacar los siguientes:

Es la máxima responsable de ACYCO y quien, obviamente, decide iniciar el ERE y solicitar las ayudas socio-laborales que, a la postre, liberarían a la empresa de sus obligaciones para con los trabajadores derivadas de la extinción de sus contratos de trabajo. Contó con los servicios de asesoramiento y gestión que le prestaba el acusado Roque (GARRIGUES) quien le planteó que las ayudas se articularían a través de pólizas de seguro colectivas a cargo de la Administración que, incluso, también se haría cargo de los honorarios del plan de viabilidad (Deloitte & Touche) y del asesoramiento (GARRIGUES).

En el listado de los 35 trabajadores afectados por el ERE se encontraba la propia recurrente.

Conoció y consensuó con otros acusados las condiciones que se plasmaron en el acta del acuerdo de 2 de julio de 2003 suscrito entre los trabajadores y ACYCO donde se hacía referencia al Plan de Prejubilaciones, la constitución de una asociación de los trabajadores, el seguro de renta vitalicia y las ventajosas condiciones en relación con lo que a los trabajadores correspondía por despido.

Mantuvo contactos y reuniones con los acusados Inocencio , Roque y el Director General de Trabajo para la suscripción por parte de este último del Compromiso de 8 de mayo de 2003.

Suscribió en representación de ACYCO el Protocolo de Colaboración de fecha 26 de julio de 2003 con las condiciones y costes de las pólizas, donde aparecían 36 beneficiarios, pues ya no se incluía a la recurrente pero sí a los dos "intrusos". Conoció tal inclusión como beneficiarios de estas personas ajenas a su empresa.



En el anexo de 5 de agosto de 2003 vinculada a la póliza NUM000 están incluidos como beneficiarios la recurrente y los dos "intrusos" y formalmente figuraba como "tomadora" la Asociación 3 de julio pese a que las primas se pagaban por parte de la Administración. Se suscribió la póliza NUM001 para dar cabida como beneficiarios a los "intrusos" (aunque su costa se mantuvo vinculado a la NUM000).

Patricia, junto con buena parte de los acusados, conocían que en la concesión de ayuda se había prescindido del procedimiento legalmente establecido.

La recurrente envía al entonces Director General de Trabajo la factura de 20 de febrero de 2004 formalmente emitida por la Asociación 3 de Julio reclamando el importe del primer plazo de la póliza aduciendo que esta había sido adelantado por socios de ACYCO entre los que se encontraba la propia Patricia.

De forma conjunta con los también acusados Inocencio y Roque la recurrente captó la voluntad del Director General de Trabajo para que ordenara al IFA el abono de la factura, lo que se articuló mediante una Adenda al Convenio de Colaboración suscrito entre la DGTSS y el IFA.

Figura como beneficiaria en la póliza NUM012 lo que dio lugar a la situación que se describe en el apartado Cuarto de los Hechos Probados de la sentencia:

"CUARTO.- Patricia fue incluida en el ERE extintivo de Acyco del año 2003 y percibió las prestaciones relativas a su prejubilación por ser asegurada y beneficiaria de las pólizas NUM000 y NUM002, que supuso una ampliación de las prestaciones de la primera respecto de ella, obteniendo así un total de 276.505,92 € brutos.

Pese a estar incluida en el ERE, permaneció como presidenta del consejo de administración de Acyco hasta la junta celebrada el 18/03/2011, en la que se aceptó su dimisión, percibiendo hasta ese momento dietas por asistencia a las sesiones de los consejos de 36.000 € en el año 2004, 24.000 € en el año 2005, 48.000 € en el año 2006, 36.000 € en el año 2007, 24.000 € en el año 2008, 51.460 € en el año 2009 y 98.995 € en el año 2010, lo que supone unos ingresos totales por ese concepto de 318.455€, muy superiores de lo que percibía de Acyco antes del ERE.; ingresos que compatibilizó con las percepciones recibidas (276.505,92€), como beneficiaria de las pólizas NUM000 y NUM012, lo que supuso unos ingresos totales en el período de tiempo comprendido entre los años 2004-2010, de 594.960,92€.

Además, percibió prestación contributiva, subsidio de desempleo, desde el 19/08/2003 hasta el 18/08/2005, en que causó baja por agotamiento de la prestación, con cuantías líquidas de 3.817,95 €, 10.729€ y 7.527,80, en los años 2003 2004 y 2005 respectivamente.

Posteriormente, el 2/06/2011 DEOLEO compró a Patricia las 3.386 acciones de Acyco de las que era propietaria por 101.749 €."

Patricia acordó con otros acusados que el abono de la minuta por los honorarios del despacho GARRIGUES se articulara mediante una subvención excepcional de ayuda socio-laboral pagada por la agencia IDEA bajo la mendaz justificación de salvaguardar puestos de trabajo en riesgo de despido por crisis en la empresa. La recurrente firmó, antedatada, la solicitud de subvención.

No informó al Consejo de Administración de ACYCO de la solicitud y concesión de la ayuda y como esclarece la sentencia: "La cuenta corriente indicada en el formulario de solicitud y en la propia Resolución de Concesión como cuenta bancaria de abono, era una cuenta corriente ajena a la empresa Acyco, siendo sus titulares 47 socios de Acyco, entre los que se hallaban Patricia y Inocencio".

Por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

DÉCIMO CUARTO.- Motivo tercero recurso Inocencio.

Por la vía del art. 849.1 LECrim, al haberse aplicado indebidamente el art. 28.3 CP relativo a la cooperación necesaria en los delitos de prevaricación, malversación y falsedad.

El motivo se desestima.

14.1.- En los hechos probados consta en relación a este recurrente:

Es quien, junto a Patricia, decide la presentación del ERE de ACYCO, empresa de la que era socio, apoderado, abogado y director de recursos humanos, y es quien presenta la solicitud del ERE.

Cuenta con el asesoramiento de Roque (Garrigues) quien ofreció sus servicios de asesoramiento para tramitar el ERE y obtener las ayudas socio-laborales en las condiciones descritas en la sentencia.

Suscribe en representación de ACYCO el acuerdo con los trabajadores de 2-7-2003 que se adjuntó con la solicitud del ERE. Las condiciones plasmadas en el acuerdo fueron previamente consensuadas por el recurrente con Patricia, Roque y el Director General de Trabajo.



Mantiene contactos y reuniones junto con los antes citados para la suscripción del Documento de Compromiso de fecha 8-5-2003 por parte del Director General de Trabajo.

Está presente en la firma del Protocolo de Colaboración de 26-7-2003 y tiene conocimiento de la inclusión como beneficiarios de los dos "intrusos".

Como el resto de los acusados, era conocedor de que las ayudas se concedían al margen de procedimiento legal alguno.

Tiene conocimiento de que, dado que el primer plazo de la prima era anterior a la fecha del Convenio de Colaboración DGTSS-IFA, había que hacer un abono para iniciar las coberturas y remite la factura formalmente emitida por la "Asociación 3 de Julio" a Roque para reclamar de la Junta el pago del adelanto que supuestamente habían sido siete socios de ACYCO -entre los que se encontraba el recurrente-.

Y junto con Patricia y Roque consiguen del Director General que ordenara el pago por parte del IFA de la factura, lo cual se efectuó mediante la Adenda al Convenio.

Como precisa la sentencia, "Abonada la cantidad en la cuenta de la Asociación 3 de julio el día 22 de julio de 2004, Inocencio contactó con su presidente, Juan Pablo, que era ajeno a ésta reclamación y factura, para que le reintegrara la suma transferida por el IFA, a lo que, éste, sólo accedió a entregarle 210.000 euros, quedando los 33.600 euros retenidos en la cuenta de la Asociación, que fueron ingresados en la Hacienda Pública en fecha 28 de enero de 2005, ante la exigencia y pertinaz insistencia de Juan Pablo de que con ese dinero se debía liquidar el IVA. En definitiva, ni Acyco ni sus socios mayoritarios pagaron cantidad alguna de las indemnizaciones pactadas a favor de los trabajadores acogidos al ERE y que habían sido asumidas por la empresa".

Conoció la inclusión como beneficiaria de las pólizas NUM000 y NUM012 de Patricia y la consecuente percepción por esta de las prestaciones que indebidamente compatibilizó con las dietas percibidas de ACYCO y el subsidio de desempleo.

El recurrente, de forma conjunta con los acusados Roque, Patricia y el Director General Calixto, con el conocimiento del Consejero de empleo, Celestino, decidieron que la minuta de GARRIGUES se pagara con cargo a fondos públicos por parte de IDEA a través de una subvención excepcional -ayuda socio-laboral-dirigida, formal y aparentemente, a salvaguardar puestos de trabajo en ACYCO.

Inocencio es quien mantiene contacto con Juan Luis, funcionario encargado de la tramitación de las ayudas socio-laborales en la Dirección General, sobre la documentación a presentar para tramitar esta subvención excepcional.

El recurrente no comunicó al Consejo de Administración de ACYCO ni la solicitud ni la concesión de la subvención. La cuenta corriente de abono indicada en la solicitud de subvención era ajena ACYCO siendo titularidad de socios de la empresa entre los que se encontraba el propio recurrente.

Consecuentemente, sí hay en la sentencia individualización de las acciones concretamente desarrolladas por el recurrente que justifican su responsabilidad en los delitos como cooperador necesario.

DÉCIMO QUINTO.- Motivo cuarto recurso Inocencio .

Por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, al no aplicarse correctamente el art. 74 CP en lo que se refiere a la continuidad delictiva de los delitos de prevaricación y malversación.

Considera el recurrente que "la concesión de la ayuda socio-laboral es un acto unitario decidido y aceptado en su momento por la administración, con concreto por la DGT en la persona de su director general D. Dionisio, que resuelve afrontar los costes de jubilación en su conjunto, suscribiendo al efecto el Convenio de Colaboración con el IFA y ordenando todos los pagos que comprendía la ejecución de dicho convenio, relación de pagos que obra consignada tanto en el Hecho Probados Primero (pág. 28) como en el fundamento quinto (pág. 107)". Y en base a ello mantiene que nos encontramos no ante un delito continuado sino ante una "única unidad de acción típica".

El motivo, se adelanta, debe ser desestimado.

15.1.- En primer lugar, habrá que recordar que Inocencio ha sido considerado coautor, como cooperador necesario, de los delitos vinculados a la concesión de ayudas socio-laborales de ACYCO, suscripción y pago de las pólizas NUM000 y NUM001, Adenda al Convenio y subvención excepcional vinculada a la minuta de Garrigues.

Siendo así, como precisan las SSTS 354/2014, de 9-5 y 650/2018, de 14-12, al analizar este supuesto -unidad de acción- problemático en la dogmática penal que parte de la existencia de una pluralidad de actos, de acciones,



que son valorados como una unidad, constituyen un objeto único de valoración jurídica será natural o jurídica, dice la STS. 18.7.2000, en función del momento de la valoración, si desde la perspectiva de una reacción social que así lo percibe o desde la propia norma. En todo caso se requiere una cierta continuidad y una vinculación interna entre los distintos actos entre si, respondiendo todos a un designio común que aglutine los diversos actos realizados, STS. 820/2005 de 23.6.

Dicho en otros términos, existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendidas ambas en el sentido de relevancia penal cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentre vinculadas en el tiempo y en el espacio.

En esta dirección la doctrina considera que la denominada teoría de la "unidad natural de acción" supone varias acciones y omisiones que están en una estrecha conexión espacial y temporal que puede reconocerse objetivamente y con una vinculación de significado que permita una unidad de valoración jurídica y que pueden ser juzgadas como una sola acción.

En la jurisprudencia se destaca como el concepto de unidad natural de acción no ha provocado en la doctrina un entendimiento unánime. La originaria perspectiva natural explicaba este concepto poniendo el acento en la necesidad de que los distintos actos apareciesen en su ejecución y fueran percibidos como una unidad por cualquier tercero. Las limitaciones de ese enfoque exclusivamente naturalístico llevaron a completar aquella idea con la de unidad de resolución del sujeto activo. Conforme a esta visión, la unidad de acción podía afirmarse en todos aquellos en los que existiera una unidad de propósito y una conexión espacio-temporal o, con otras palabras, habría unidad de acción si la base de la misma está constituida por un único acto de voluntad. Pese a todo, hoy es mayoritaria la idea de que el concepto de unidad de acción, a efectos jurídico-penales, exige manejar consideraciones normativas, dependiendo su afirmación de la interpretación del tipo, más que de una valoración prejurídica. (SSTS. 213/2008 de 5.5, 1349/2009 de 25.1.2010). Por ello la teoría del concepto normativo de acción impide que superados los meros efectos naturalísticos de las acciones humanas pueda calificarse de una unidad natural de acción cuando se produce la falsificación de varios documentos mercantiles distintos. La teoría contraria llevaría al absurdo resultado de que cualquiera que fuera el número de cheques, pagarés o letras de cambio que se falsificaran continuamente en una unidad natural de acción, constituirían un solo delito, aunque se tratara, de miles de firmas falsas (por ejemplo, un talonario correspondiente a la falsificación de papeletas de lotería, en las cuales se falsifica la firma del depositario (STS. 566/2006 de 9.6).

En definitiva, el concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción, para que se produzca en el mundo real. En suma, la ley penal no atiende estrictamente a la naturalidad de las acciones, sino a sus componentes jurídicos. Un solo disparo, por ejemplo, que por la fuerza del proyectil atraviesa dos cuerpos humanos, originando su muerte, constituye dos delitos de homicidio, cuando la acción natural era solo una. Lo propio sucede al revés: una multitud de actos naturales (una gran cantidad de golpes sobre una misma persona), es el resultado de un solo delito de lesiones (STS. 566/2006 de 9.5).

Asimismo, como explican las SSTS 262/2019, de 24-5 ó 458/2019, de 9-10, existen varias categorías que conforman a efectos de la norma penal, un único delito: la unidad de acción natural, la unidad jurídica de acción, la unidad típica de acción y el delito continuado. Cada una de ellas se caracteriza de la siguiente forma:

"1.- Se habla de unidad de acción en sentido natural cuando el autor del hecho realiza un solo acto entendido en un sentido puramente ontológico o naturalístico.

2.- En cambio, se habla de unidad natural de acción cuando, aunque ontológicamente concurren varios actos, desde una perspectiva socio-normativa se consideran como una sola acción. Así, la jurisprudencia de esta Sala aplica la unidad natural de acción cuando los actos que ejecuta un sujeto presentan una unidad espacial y una estrechez o inmediatez temporal que, desde una dimensión socio-normativa, permiten apreciar un único supuesto fáctico subsumible en un solo tipo penal.

3.- En cambio, concurre una unidad típica de acción cuando la norma penal engarza o ensambla varios actos o varias unidades naturales de acción en un único tipo penal, pues la unidad típica de acción se da cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal. De forma que varios actos que contemplados aisladamente colman las exigencias de un tipo de injusto, se valoran por el derecho desde un punto de vista unitario.

4.- Por último, el delito continuado aparece integrado por varias unidades típicas de acción que, al darse ciertos supuestos objetivos y subjetivos previstos en el art. 74, se integran en una unidad jurídica de acción. Aparece



constituido, por tanto, el delito continuado por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción".

La mejor doctrina ha señalado al respecto que la unidad natural de acción es una creación jurisprudencial que surge por la necesidad de dar una respuesta efectiva y acorde al principio de proporcionalidad punitiva, para supuestos que si bien a priori podrían ser incardinables en un concurso real de delitos (art. 73 Código Penal) o, en el mejor de los casos, en un delito continuado (art. 74 CP), la aplicación de tales figuras delincuenciales múltiples supondría una clara exasperación punitiva, dadas las singulares circunstancias de continuidad tempo-espacial con que se realizan las acciones constitutivas de infracción penal, bien sea contra un mismo bien jurídico protegido o contra varios distintos. Dicho de otro modo, la apreciación por los Juzgados y Tribunales de la unidad natural de acción (también llamada en ocasiones progresión delictiva cuando se principia con un injusto más leve que el que ha sido el objeto final de la acción típica), viene a desterrar, de forma excepcional, tanto el concurso real de delitos como el delito continuado, en búsqueda de la operancia del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena."

15.2.- En efecto, el delito continuado no es más que una construcción penológica por medio de la cual los varios delitos cometidos por una persona se sancionan con una pena unitaria. No es, pues, un solo delito, sino varios sancionados como uno que se denomina así como "delito continuado", -tal vez sería preferible hablar de "delito en continuidad delictiva"-.

Nació como una construcción jurisprudencial para atemperar las rígidas consecuencias del concurso real, STS 670/2018, de 19 de diciembre, y se convirtió posteriormente en ley, que dejó claro al intérprete que cuando los bienes jurídicos atacados fueran eminentemente personales, siempre será aplicable el art. 73 CP, y cuando se trate de infracciones contra el honor o la libertad e indemnidad sexuales, que afectan al mismo sujeto pasivo, se aplicará lo dispuesto en el apartado 3 del art. 74 del propio Código, para tomar en consideración, o no, la continuidad delictiva.

Realidad jurídica del delito continuado que, conforme la STS 650/2018, de 14 de diciembre, requiere: a) Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de "hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión", por ello "esa pluralidad dentro de la unidad final es lo que distingue al delito continuado del concurso ideal de delitos", ya que "en éstos la acción es única aunque los delitos sean plurales; en aquél las acciones son plurales pero el delito se valora como único".

b) Una cierta "conexidad temporal" dentro de esa pluralidad, no debiendo transcurrir un lapso de tiempo excesivo, pues una gran diferencia temporal debilitaría o haría desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación.

c) El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice "en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión". Es el elemento más importante que realmente provoca la unidad delictiva en que consiste la continuidad, aunque deba distinguirse entre lo que supone el plan preconcebido y el aprovechamiento de una igual ocasión. Lo primero hace referencia al dolo conjunto o unitario que debe apreciarse en el sujeto al iniciarse las diversas acciones, y que se trata de "una especie de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo programada para la realización de varios actos muy parecidos"; lo segundo se da, no cuando la intencionalidad plural de delinquir surja previamente, sino cuando el dolo se produce ante una situación idéntica a la anterior que hace "caer" al delincuente en la comisión delictiva, repitiéndola.

d) Homogeneidad del "modus operandi" en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido.

e) El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos penales conculcados, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico, (homogeneidad normativa).

f) Que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones fraccionadas", aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo (SSTS. 97/2010 de 20.2, 89/2010 de 10.2, 860/2008 de 17.12, 554/2008 de 24.9, 11/2007 de 16.1, 309/2006 de 16.3).

Desde el punto de vista negativo no es posible obviar que no es necesaria la identidad de sujetos pasivos -el delito continuado admite uno o varios sujetos pasivos, la exigencia del perjuicio a una generalidad de personas solo se exige en el denominado delito masa que permite la pena superior en uno o dos grados-, los bienes jurídicos no han de ser acentuadamente personales; y no es precisa la unidad espacial y temporal disgregador que las haga parecer ajenas y desentendidas unas de otras, problema que habría de examinarse racional y lógicamente en cada supuesto. El delito continuado precisa a este respecto que, por encima del tiempo, haya



una ligazón o causa común, aunque diluya la unidad temporal (SSTS 169/2000, de 14 de febrero; 505/2006, de 10 de mayo; 919/2007, de 20 de noviembre; 354/2014, de 9 de mayo).

De modo que estaremos en presencia de dicha construcción punitiva denominada delito continuado, cuando concurra una pluralidad de acciones u omisiones que dentro de un mismo plan preconcebido del autor, o aprovechando la misma ocasión, infrinjan el mismo o similar precepto penal, naturalmente siempre que se perpetren dentro de una proximidad temporal y actuando el autor con un dolo unitario, y obviamente siempre que se trate de varios delitos no juzgados con anterioridad, ni fragmentados por la acción del Estado en su función de persecución delictiva.

15.3.- En el caso presente, en línea con lo manifestado en la sentencia de instancia (fundamento derecho tercero) la genérica decisión de conceder ayudas a la empresa ACYCO que tuvo su reflejo en el Documento de Compromiso del Director General de fecha 8-5-2003, en el Protocolo de Colaboración DGTSS-ACYCO de 26-7-2003 y en el Convenio de Colaboración DGTSS-IFA de 10-2-2004, se corresponden con el "plan preconcebido" o "idéntica ocasión", característico del delito continuado.

Seguidamente se desarrolla una compleja secuencia de acciones plasmada en distintas y sucesivas resoluciones y documentos diferenciados y con sustantividad propia. Asimismo, tampoco hay un único pago, sino varios y sucesivos, según las diferentes decisiones y resoluciones que se van adoptando. La secuencia que se produjo resulta, así, incompatible con la categoría de "unidad natural de acción" en la que el recurrente pretende subsumir los hechos.

De entrada, hubo que suscribir esos Documentos de compromiso, Protocolo y Convenio, que plasmaban el común propósito de conceder ilegalmente las ayudas a la empresa ACYCO.

Pero, a partir de ello, se tuvo que decidir (sin resolución formal o documentada) la concesión de las ayudas que se dirigían individualmente a cada trabajador beneficiario. Y para ello, se suscribieron varias pólizas, vinculadas entre sí, pero diversas, la NUM000 , NUM012 y NUM001 , cada una de las cuales daba cobertura a unos beneficiarios, decidiendo que la Administración asumiera los pagos de las correspondientes primas. Además, se suscribió una Adenda al Convenio para cubrir un supuesto adelanto del pago de la prima por parte de socios, que dio lugar a un pago específico que se realizó bajo la cobertura de la factura, que emitió formalmente la "Asociación 3 de Julio". Como también se decidió para la cobertura del coste de la prima, proceder conforme al denominado sistema de "pagos cruzados". A todo lo cual se une la específica tramitación y resolución de concesión y consecuente pago de la subvención excepcional vinculada a la minuta del despacho GARRIGUES.

Los pagos que se fueron ordenando por el Director General al IFA con destino a las pólizas tienen lugar a lo largo de los años 2004, 2005 y 2006. Además, existieron las cantidades pendientes de pago a las que hubo de hacer frente el Consorcio de Compensación de Seguros (consecuencia de la liquidación de Fortia Vida, que sucedió a Personal Life) y que finalmente asumió la DGTSS ya en 2010. Como también fue en 2010 cuando se dicta la resolución de concesión de la subvención excepcional (GARRIGUES) y se efectúa el correlativo pago.

Nos hallamos ante un prolongadísimo lapso temporal, diversidad de pagos y sucesión de resoluciones de distinta naturaleza que son por completo ajenos a la categoría de "unidad natural de acción" y, sin embargo, encajan sin dificultad en la continuidad delictiva.

No se aprecia la unidad espacial ni estrechez o inmediatez temporal que permita apreciar, desde una óptica socio-normativa, un único hecho.

Y tampoco desde el punto de vista de la proporcionalidad de la respuesta punitiva y la cautela de evitar una exasperación de la respuesta penal se justifica acudir a la "unidad de acción". Los hechos revisten una indudable gravedad y la consecuencia punitiva de la continuidad no exaspera indebidamente la pena, sino que la acomoda a las circunstancias concurrentes en los hechos.

DÉCIMO SEXTO.- Motivo tercero recurso Modesto .

Por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente en la sentencia el art. 28.3 relativo a la cooperación necesaria en los delitos de prevaricación y malversación.

Discute el recurrente el juicio de autoría que le llevó a ser considerado como cooperador necesario de los delitos por los que ha sido condenado. Niega que concurriera dolo en su conducta y alega que desconocía la ilegalidad del sistema implementado para la concesión de las ayudas socio-laborales.

El motivo, se adelanta, debe ser desestimado.

16.1.- Respecto del dolo del cooperador necesario, debemos recordar que desde el punto de vista subjetivo se exigen dos elementos, un doble dolo, según ha explicado con plasticidad en la doctrina y en pronunciamientos de esta Sala, aunque su significado no se corresponda con una exigencia de intensidad. Significa una doble



proyección de la tipicidad del partícipe. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos, de un modo consciente, a la realización de aquél. En la STS 1531/2002, de 27-9, se afirma que es suficiente con que el dolo del cooperador sea de carácter eventual respecto del resultado que pueda seguir a la acción voluntaria que ejecuta el autor, a cuyo éxito encamina el partícipe su aportación. De otro lado es necesario un concierto para colaborar que, eso sí, puede ser anterior, coetáneo o sobrevenido (SSTS 64/2014, de 11-2; 442/2014, de 2-6).

16.2.- Siendo así, los hechos probados reflejan la aportación de este recurrente, así como el papel de Vitalia, de la que era su Director Adjunto, coordinador de consultores y superior jerárquico del también acusado Ovidio .

En efecto, el factum recoge:

"Dichas ventajas [las reflejadas en el acta del acuerdo con los trabajadores de fecha 2 de julio de 2003 que se acompañaba a la solicitud del expediente de regulación de empleo de ACYCO] se reflejaron, en su mayor parte, en el condicionado de un Plan colectivo de Prejubilaciones, a través de la concertación de un seguro colectivo de rentas de los que los trabajadores serían beneficiarios, siendo el acusado Ovidio , el encargado de entrevistarse con los afectados, a fin de recabar los datos necesarios para la realización de los estudios actuariales basados en el antedicho acuerdo, así como los datos laborales y personales de cada trabajador, la secuencia de pagos y el coste total de la prima de la póliza que habría de suscribirse, haciendo llegar toda esta información al departamento de planes de Barcelona de Vitalia S.A., empresa para la que trabajaba como consultor responsable en Andalucía y Extremadura, y que fue escogida para la póliza de Acyco por los acusados Dionisio y Roque , todo ello de común acuerdo con el acusado Modesto , superior jerárquico de Ovidio en Vitalia, pues era la mediadora con la que solían trabajar en relación con las subvenciones socio-laborales en las que participaron, aunque como tal mediadora aparecía en la póliza suscrita otra sociedad del mismo grupo empresarial (Holding Europeo Tindex). La elección de Vitalia como mediadora se produjo sin concurso previo con otras empresas del sector, debido a la relación de confianza existente entre los citados acusados que posibilitaba su ilícito y lucrativo actuar. En esa época, el 100% de las pólizas concertadas por Vitalia-Sevilla provenían de la Dirección General de Trabajo."

"Como consecuencia de este compromiso, la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, representada por Dionisio y Acyco, representada por Patricia , tras la autorización administrativa del ERE., suscribieron el Protocolo de Colaboración de fecha 26 de julio de 2003 para la concesión de ayudas a la prejubilación de los trabajadores, que en cuanto a las condiciones, beneficiarios, costes, etc..., se remitía al Anexo constituido por el estudio actuarial de fecha 31-07-2003 realizado por Vitalia S.A."

"En virtud de la suscripción de este Protocolo (y del Anexo al que el Protocolo se remite), la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo se comprometía a sufragar el coste de una póliza, con fecha de inicio el 1-08-03, cuyo importe de la prima al contado ascendía a un total de 2.832.482,52 € y coste aplazado de 2.951.413,84 €, siendo los beneficiarios 36 personas, entre los que no aparecía Patricia , pero sí dos personas que nunca habían pertenecido a Acyco, Eusebio , ya fallecido, y el acusado Ezequiel , también fallecido, siendo la causa de su inclusión exclusivamente las relaciones personales de éstos con Dionisio , quien dio la orden para que resultaran beneficiarios de la póliza de seguro colectivo a suscribir.

La ilegal inclusión de estas dos personas, era conocida por los acusados Modesto , presente en la firma del Protocolo y Ovidio , personas de contacto de Vitalia ante la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, siendo el segundo quien, por indicación de Modesto , se encargó de la gestión de tal inclusión, facilitando los datos de ambos, enviándolos al departamento de planes de Vitalia en Barcelona para que se calculara su coste dentro de los estudios actuariales realizados para la póliza de Acyco; datos que por corresponder a dos personas que no trabajaban en Acyco eran distintos a la de los citados prejubilados. Inocencio , presente en la firma del Protocolo, Patricia , firmante del Protocolo de Colaboración y del Anexo adjunto y Roque , que dio las instrucciones para que fuera remitida a Vitalia una copia del Protocolo y del Anexo en el que se incluía a estas dos personas, conocían, igualmente, que el coste de las rentas de estas dos personas iba a ser satisfecho con fondos públicos de la Junta de Andalucía bajo la apariencia de haber pertenecido a la empresa Acyco".

"Personal Life era una mutualidad de previsión social y fue designada para la suscripción de la póliza colectiva por indicación de Modesto , aunque dicha entidad carecía de la preceptiva autorización administrativa para operar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y algunas de las prestaciones garantizadas excedían los límites máximos legalmente admisibles para mutualidades de previsión social y la póliza se suscribió con la intervención de la entidad Vitalia, S.A., que realizaba de manera irregular actividades de mediación en seguros privados al no disponer de autorización para operar como correduría de seguros".

"Con fecha 5 de agosto de 2003, vinculada a esta misma póliza número NUM000 , se firma un segundo Anexo, siendo ahora el importe de la póliza financiada de 3.270.309,19 euros, en el que se recoge el siguiente texto: "ESTE ANEXO SUSTITUYE Y DEJA SIN EFECTO A CUALQUIER OTRO ANEXO CON MISMO N.º DE PÓLIZA,



EMITIDO CON FECHA ANTERIOR". En este Anexo se incluyen a 37 beneficiarios entre los que se encuentra ya Patricia , quien no figuraba en el Protocolo de Colaboración, y se mantiene la inclusión de Eusebio , y del acusado Ezequiel , ambos fallecidos. Dichos anexos fueron elaborados por Vitalia S.A. con los datos aportados por Ovidio , con el conocimiento de Modesto , actuando el primero como consultor negociador respecto de las dos personas incluidas por Dionisio sin relación laboral con Acyco."

"Los citados acusados, salvo el Sr. Tomás cuya intervención es muy posterior, eran concededores de que se en la concesión de la ayuda se había prescindido del procedimiento legalmente establecido, pues no se había presentado por la empresa Acyco ni por ninguna otra persona solicitud formal alguna para recibir la ayuda, no se había presentado por la empresa ninguna declaración de ser beneficiario de otras subvenciones o ayudas con el mismo fin, no se realizó por la DGT informe o memoria acreditativa de la finalidad pública o razones de interés social o económico. Es más, se obvió totalmente la posibilidad de acogerse a las ayudas establecidas en el marco normativo vigente a la fecha de la concesión de la ayuda a Acyco. Además, no consta el preceptivo informe del gabinete jurídico y, a pesar de la cuantía final de la ayuda, no había autorización de la subvención por parte del Consejo de Gobierno ni se había pasado a la aprobación previa del Consejo Rector del IFA, que después pasó a ser la agencia IDEA. Tampoco consta que se hubiera realizado por Acyco la declaración expresa de no haber recaído sobre la empresa resolución administrativa o judicial firme de reintegro, ni acreditación de estar al corriente de sus obligaciones fiscales. Igualmente, no se aportó justificante de carecer la empresa de capacidad económica para hacer frente a sus obligaciones propias con los trabajadores y no hay resolución escrita de concesión de la ayuda pública y, finalmente, todos eran concededores que ni desde la Dirección General de Trabajo ni desde la agencia IDEA se iba a hacer seguimiento alguno del cumplimiento del plan de inversiones y de futuro al que se hacía mención en el protocolo fechado el 26 de julio pero firmado entre la empresa y la DGT en el mes de octubre de 2003 y la compañía aseguradora Personal Life, indicada por Modesto , fue aceptada sin previo concurso entre empresas del sector seguros, no obstante carecer de autorización para intervenir fuera de la Comunidad Catalana".

"Del mismo modo, con fecha 1 de agosto de 2003 se suscribe con la entidad PERSONAL LIFE, M.P.S. la póliza n.º NUM001 (en lo sucesivo póliza número NUM001), con un coste de 225.086,84 euros al contado y de 234.537,87 euros a plazos, en la que son sus beneficiarios las dos personas que nunca habían tenido relación laboral con Acyco, el acusado Ezequiel y Eusebio , figurando como tomador del seguro Vitalia S.A., aunque el pago de la prima iba a ser satisfecho a cargo de la Consejería de Empleo y vinculado a la ayuda a Acyco. Dicho coste se mantuvo en el Anexo de la póliza n.º NUM000 de fecha 5 de agosto de 2.003, si bien, al firmarse dos pólizas, y ser la prima de la n.º NUM000 por 3.137.571,13 € correspondiente a 35 asegurados, y la n.º NUM001 por 225.086,84 euros por los dos intrusos, se incrementó el compromiso adquirido por la DGT.

Las pólizas fueron aceptadas y asumidas por el Director General de Empleo y Seguridad Social, Dionisio , con consentimiento y autorización de Celestino que es esa fecha ostentaba el cargo de Viceconsejero de Empleo y Presidente del Consejo Rector del IFA que, a la postre, iba a ser la encargada del pago de la póliza, y que sabían que dicho pago se realizaría sin fiscalización del gasto por parte de los interventores de la Consejería. El pago de las citadas pólizas se autorizó por el DGT y SS sin que existiera previa solicitud formal de la ayuda por parte de Acyco ni se dictara resolución alguna que justificara la subvención que se otorgaba a Acyco y a los dos "intrusos", evidenciando la connivencia existente entre los acusados para obtener un beneficio económico a costa del erario público, asumiéndose por la DGT y SS unos compromisos que correspondían a la empresa beneficiada, y unos gastos de adquisición (comisiones a la mediadora) que no tenía por qué haber asumido, además de ser superiores a la media del sector asegurador de vida, que para el seguro de vida era del 4,42% en el ejercicio 2003, y en este caso, los mismos ascendían al 15,24%, lo cual supuso un sobrecoste aproximado del 10,82%, 339.485€ por encima de la media del sector del que se beneficiaba Vitalia, e indirectamente los acusados Srs. Modesto y Ovidio por su intervención".

"... y la compañía aseguradora Personal Life, indicada por Modesto , fue aceptada sin previo concurso entre empresas del sector seguros, no obstante carecer de autorización para intervenir fuera de la Comunidad Catalana."

"Tanto el Protocolo de Colaboración entre la DGT y Acyco cómo el Convenio entre la DGT y el IFA, se basaron en los estudios actuariales efectuados por Vitalia para la formalización de las pólizas que incluían a los dos "intrusos", no apareciendo entre los trabajadores en dichos anexos Patricia , que fue incluida en la póliza NUM000 con posterioridad a la fecha de su suscripción, sin justificación."

Como quiera que el primer plazo de la prima de la póliza era de fecha anterior al del citado Convenio de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y el IFA, Modesto , a través de Ovidio , hizo saber a Patricia y a Inocencio , que para poder iniciar las coberturas a los extrabajadores debía abonarse un primer pago de 210.00 euros".



"En el mes de enero de 2007 Modesto solicitó a Dionisio la ampliación de la póliza respecto de las cantidades a percibir por tres asegurados, remitiéndole, éste, una carta de fecha 26 de enero de 2007 a la compañía Personal Life, mostrando su conformidad con dicha ampliación para tres extrabajadores de Acyco, entre los cuales estaba Patricia . A tal fin se suscribió la póliza NUM002 , en lo sucesivo póliza nº NUM012 , con fecha de efectos 19 de marzo de 2007, figurando como tomadora la "Asociación 3 de Julio", por un importe total de prima de 42.030,01 euros, figurando como mediadora "Holding Europeo Tindex" S.L, que también había sido la mediadora en la póliza nº NUM000 inicial.

Para hacer efectivo el pago, Dionisio , sin dictar resolución alguna, ni tramitar expediente que justificara su decisión, dirigió escrito fechado el 7 de abril de 2008 a Vitalia Vida para que, de la cantidad que iban a recibir de Vitalicio Seguros por importe de 1.700.000 euros, se transfiriera a Fortia Vida, sucesora de Personal Life, la cantidad de 24.542,21 euros para el suplemento de esta póliza de Acyco.

El motivo de la inclusión en este suplemento de Patricia fue su baja en la percepción del subsidio de desempleo por agotamiento de la prestación, lo que se compensaba con esta nueva póliza. El coste de la prima al contado por su inclusión fue de 10.937,35 €, precio aplazado 11.009,13 €."

"Esta situación de continuidad en la prestación de trabajo para Acyco [de Patricia que fue incluida como beneficiaria en las pólizas NUM000 y NUM012), y la obtención de los beneficios que le supuso su inclusión en las pólizas por prejubilación, compatibilizándolos con las dietas y subsidio por desempleo, fue un hecho conocido, entre otros, por los acusados Inocencio , Roque , Celestino , Dionisio y Modesto ."

16.3.- Del anterior relato fáctico se deduce que su alegación de falta de conocimiento de la ilegalidad debe ser rechazada.

Así, conoció las ventajosas condiciones de las ayudas que se articularon a través de las pólizas; VITALIA era la empresa que habitualmente intervenía en las ayudas pues el 100% de las pólizas de Vitalia-Sevilla procedían de la DGTSS y que fue elegida sin concurso entre otras empresas del sector; supo del estudio actuarial realizado por VITALIA de fecha 31 de julio de 2003; también de la inclusión como beneficiarios de los "intrusos"; conoció la elección de "Personal Life" como mutualidad de previsión social pues, de hecho, se hizo por indicación suya; igualmente, tuvo conocimiento del anexo de 5 de agosto de 2003, elaborado por la propia VITALIA, donde se incluían 37 beneficiarios entre los que se encontraba Patricia y los dos "intrusos"; además, de que VITALIA figuraba como "tomador" en la póliza NUM001 ("intrusos"); del mismo modo, fue conocedor de la ampliación de la póliza NUM000 mediante la suscripción de la NUM012 que dio cobertura adicional a Patricia y que esta, pese a ser beneficiaria de las pólizas NUM000 y NUM012 siguió ligada a ACYCO percibiendo retribuciones de la misma; finalmente, se afirma que, junto con el resto de acusados, supo del carácter irregular e ilegal del todo el sistema en que se basaba la concesión de estas ayudas socio-laborales y se deja constancia de un dato revelador como es que las comisiones percibidas por VITALIA eran muy superiores a las del mercado lo que supuso un apreciable sobre coste que, como todo, corrió a cargo de la Junta de Andalucía.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Motivo cuarto por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente en la sentencia el art. 74 CP relativo a la continuidad delictiva en los delitos de prevaricación y malversación.

Alega que nos encontramos ante un supuesto de "unidad natural de acción".

El planteamiento es similar al del motivo cuarto del recurso de Inocencio , por lo que nos remitimos a lo ya expuesto en el análisis de dicho motivo en orden a su desestimación.

DÉCIMO OCTAVO.- El motivo quinto del recurso de Modesto .

Por infracción de ley, al no haberse aplicado debidamente la atenuación del art. 65-3 en relación con el art. 66.1.1º, al errar la sentencia en la imposición de la pena por cuanto se habría excedido del marco penológico establecido por la ley.

El motivo se desestima, en cuanto esa disminución penológica que pretende, parte de la no apreciación de la continuación delictiva. Pretensión que ha sido desestimada en el motivo anterior.

DÉCIMO NOVENO.- Motivo segundo del recurso de Ovidio , por el cauce del núm. 1 del art. 849 LECrim, al entender que con la sentencia de instancia y a tenor de los hechos probados, se habría infringido por indebida aplicación el art. 432.1 y 2 CP, redacción anterior LO 1/2015.

Señala que no ha existido prueba, ni los hechos probados y resultancia fáctica recogidos en la sentencia, determinan que participara para que dispusieran de los fondos públicos vinculados a la póliza NUM001 del expediente Acyco con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. La subsunción jurídica que realiza la Sala de instancia de dichos hechos es, por tanto, errónea al considerar, sin más, que la sola existencia de presuntas irregularidades en el procedimiento utilizado para allegar fondos a una póliza distinta al expediente



de Acyco por parte de la Consejería de Empleo, en el propio procedimiento de concesión de ayudas, conlleva necesariamente la sustracción o desvío de la finalidad pública de dichas ayudas.

19.1.- El motivo deberá ser desestimado. Las alegaciones del recurrente, en cuanto se refieren a falta de prueba sobre determinados aspectos, no son propias del motivo casacional de infracción de ley del art. 849.1 LECrim, máxime cuando se ha formalizado un motivo, al amparo del art. 852 LECrim, vulneración presunción de inocencia en el que han podido analizarse estas cuestiones. Y en todo caso los hechos probados refieren la participación del recurrente en la incorporación como beneficiarios de los "intrusos" a través de la póliza NUM001 :

" ... siendo el acusado Ovidio , el encargado de entrevistarse con los afectados, a fin de recabar los datos necesarios para la realización de los estudios actuariales basados en el antedicho acuerdo, así como los datos laborales y personales de cada trabajador, la secuencia de pagos y el coste total de la prima de la póliza que habría de suscribirse, haciendo llegar toda esta información al departamento de planes de Barcelona de Vitalia S.A, ..."

"La ilegal inclusión de estas dos personas, era conocida por los acusados Modesto , presente en la firma del Protocolo y Ovidio , personas de contacto de Vitalia ante la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, siendo el segundo quien, por indicación de Modesto , se encargó de la gestión de tal inclusión, facilitando los datos de ambos, enviándolos al departamento de planes de Vitalia en Barcelona para que se calculara su coste dentro de los estudios actuariales realizados para la póliza de Acyco; datos que por corresponder a dos personas que no trabajaban en Acyco eran distintos a la de los citados prejubilados".

"Con fecha 5 de agosto de 2003, vinculada a esta misma póliza número NUM000 , se firma un segundo Anexo, siendo ahora el importe de la póliza financiada de 3.270.309,19 euros, en el que se recoge el siguiente texto: "ESTE ANEXO SUSTITUYE Y DEJA SIN EFECTO A CUALQUIER OTRO ANEXO CON MISMO N.º DE PÓLIZA, EMITIDO CON FECHA ANTERIOR". En este Anexo se incluyen a 37 beneficiarios entre los que se encuentra ya Patricia , quien no figuraba en el Protocolo de Colaboración, y se mantiene la inclusión de Eusebio , y del acusado Ezequiel , ambos fallecidos. Dichos anexos fueron elaborados por Vitalia S.A. con los datos aportados por Ovidio , con el conocimiento de Modesto , actuando el primero como consultor negociador respecto de las dos personas incluidas por Dionisio sin relación laboral con Acyco".

VIGÉSIMO.- Motivo primero recurso Roque .

Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 28-II-b (cooperación necesaria) en relación con los arts. 404 (en relación con el art. 74), 390.1-4 y art. 432.1-2 (en relación con el art. 74) ya que el Sr. Roque ha sido condenado como cooperador necesario a dichos delitos de prevaricación, falsedad y malversación, pese a que la sentencia no contiene en modo alguno las correspondientes tres subsunciones del mismo precepto penal sustantivo en la cooperación necesaria.

Y a su vez es de tal calado esta infracción de ley, que el presente motivo debe igualmente formularse al amparo del art. 852 LECrim, por vulneración del art. 24 CE, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con generación de indefensión.

El motivo denuncia las escasas referencias que los hechos probados hacen al recurrente que impedirían la subsunción de su conducta en la cooperación necesaria en los delitos de prevaricación, malversación y falsedad por los que ha sido condenado.

Las referencias al recurrente son genéricas, a modo de "cláusula de cierre" o en relación a hechos que resultan irrelevantes.

Se sostiene en el motivo que los hechos han sido calificados jurídicamente pero que no se ha realizado la subsunción adecuada en los preceptos penales aplicados. Partiendo de esta premisa en el desarrollo del motivo, se realiza un análisis metódico de aquellos párrafos en los que el Sr. Roque es mencionado para concluir en el sentido indicado.

20.1.- El planteamiento del recurrente y la propia vía del art. 849.1 LECrim, que obliga a partir del relato de hechos probados, hace necesario consignar la descripción de la conducta del recurrente y su significación en relación con la cooperación necesaria con aquellos delitos.

"El día 3 de julio de 2003 se presentó ante la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo en Sevilla la solicitud de expediente de regulación de empleo por causas productivas y organizativas, para la extinción de la relación laboral de 35 trabajadores, actuando en nombre de Acyco Inocencio , que contó con el asesoramiento del despacho de abogados J&A Garrigues S.L.P (en adelante Garrigues), por cuenta del cual intervino el acusado Roque , que previamente había ofrecido sus servicios profesionales asegurando a los anteriormente nombrados que la Junta de Andalucía se haría cargo de todos los gastos que conllevaba la tramitación de ERE,



y de la indemnización a los trabajadores mediante el pago del 100% de la póliza colectiva de supervivencia e incluso los honorarios de dicho despacho profesional y de la empresa Deloitte & Touche encargada de realizar el estudio de viabilidad necesario para la conseguir la autorización del citado expediente por el Delegado Provincial de Empleo."

Se identifica al recurrente como la persona que, por cuenta del despacho GARRIGUES ABOGADOS, asume el asesoramiento a ACYCO para la tramitación del ERE. Pero no solo eso, y ello es determinante. Los servicios de asesoramiento se prestan previo ofrecimiento por el recurrente de que sería la Junta de Andalucía quien asumiría la totalidad de los costes laborales derivados del ERE mediante pólizas colectivas de supervivencia, también los generados por el estudio de viabilidad que habría de elaborar Deloitte & Touche e, incluso, los correspondientes a la minuta de honorarios de la propia firma GARRIGUES. Este es el ofrecimiento de servicios que describe la sentencia, que es aceptado por los responsables de ACYCO y sitúa al recurrente en labores de asesoramiento y gestión en toda la secuencia fáctica que se va relatando a lo largo de todo el factum de los Hechos Probados. De esa manera, las distintas acciones de los responsables de ACYCO se desarrollan conforme a la guía que proporciona el recurrente. Y es con arreglo a tal presupuesto inicial como adquieren significado el resto de referencias que se hacen en los Hechos Probados a la participación del recurrente.

"En dicha acta se decía que el período negociador había comenzado el 27 de marzo de 2003, que la extinción de los contratos de trabajo se llevaría a cabo en el período comprendido entre la autorización administrativa del ERE. y el cumplimiento de la edad de 52 años de los afectados; que la compensación para los afectados por la extinción de sus contratos de trabajo consistiría en un Plan de Prejubilaciones y, para el aseguramiento de las rentas, se establecía que los trabajadores incluidos en el Acuerdo constituirían una asociación compuesta por los afectados por el plan de prejubilaciones la cual suscribiría, como tomadora, un seguro de renta vitalicia con una entidad financiera de reconocido prestigio, resultando los trabajadores asegurados y beneficiarios del seguro con unas ventajas económicas absolutamente desproporcionadas en relación con lo que legalmente les correspondía como indemnización por despido (90 % del sueldo hasta la jubilación más subsidio de empleo, más 2% de subida salarial anual, 90% sueldo tras la jubilación más posibilidad de trabajar en otra actividad que no supusiera competencia real en el mercado para Acyco, entre otros beneficios). Condiciones, previamente, consensuadas por Patricia , Inocencio y Roque con la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social.

Se trata del acta (acompañada a la solicitud del ERE) que plasma un acuerdo entre los trabajadores de ACYCO y la empresa donde figuran las líneas maestras de las ayudas que se van a conceder. Ahí ya consta la suscripción de un seguro de renta colectiva, la constitución de una asociación de trabajadores que, recordemos, aparecerá de forma impropia como tomadora de la póliza NUM000 pese a que el pago de las primas iba a cargo de la Junta de Andalucía y unas condiciones desproporcionadamente ventajosas para los trabajadores beneficiados. Pues respecto a tales condiciones, se dice expresamente que fueron "consensuadas" por los responsables de ACYCO, por la Dirección General de Trabajo y por el propio recurrente. De esta manera, se describe la participación Roque en la toma de decisiones sobre aspectos trascendentes. No se dice que el recurrente realice meras labores de asesoramiento externo, de consejero o hacedor de sugerencias, sino que concurre a la toma de decisiones de forma conjunta con las principales partes implicadas, la empresa y la Administración. Se está dibujando lo que será una actuación concertada en la que intervienen, como ya se ha señalado, cuatro actores principales, la Administración que concede las ayudas, la empresa a la que se dirigen, las entidades aseguradoras y mediadoras con las pólizas y el despacho de abogados del recurrente que asesora, guía, gestiona y concurre a la toma de decisiones.

Dichas ventajas se reflejaron, en su mayor parte, en el condicionado de un Plan colectivo de Prejubilaciones, a través de la concertación de un seguro colectivo de rentas de los que los trabajadores serían beneficiarios, siendo el acusado Ovidio , el encargado de entrevistarse con los afectados, a fin de recabar los datos necesarios para la realización de los estudios actuariales basados en el antedicho acuerdo, así como los datos laborales y personales de cada trabajador, la secuencia de pagos y el coste total de la prima de la póliza que habría de suscribirse, haciendo llegar toda esta información al departamento de planes de Barcelona de Vitalia S.A., empresa para la que trabajaba como consultor responsable en Andalucía y Extremadura, y que fue escogida para la póliza de Acyco por los acusados Dionisio y Roque , todo ello de común acuerdo con el acusado Modesto , superiorjerárquico de Ovidio en Vitalia, pues era la mediadora con la que solían trabajar en relación con las subvenciones socio-laborales en las que participaron, aunque como tal mediadora aparecía en la póliza suscrita otra sociedad del mismo grupo empresarial (Holding Europeo Tindex). La elección de Vitalia como mediadora se produjo sin concurso previo con otras empresas del sector, debido a la relación de confianza existente entre los citados acusados que posibilitaba su ilícito y lucrativo actuar. En esa época, el 100% de las pólizas concertadas por Vitalia-Sevilla provenían de la Dirección General de Trabajo."



También aparece aquí Roque en un aspecto esencial de los hechos. Decide conjuntamente con el Director General que la entidad mediadora en las pólizas fuera VITALIA. La elección de la aseguradora se hace por ambos.

No se narra una simple indicación o consejo por parte del recurrente, sino una decisión adaptada conjuntamente. El papel del recurrente desborda lo que sería el mero asesoramiento y se sitúa en el ámbito de la toma de decisiones. Los datos que cierran el párrafo son reveladores. Existía una relación de confianza entre el Director General Dionisio , Modesto de VITALIA y el recurrente Roque y el 100% de las pólizas de Vitalia- Sevilla provenían de la Dirección General del primero.

"A fin de obtener el respaldo económico de la Junta de Andalucía para sufragar el coste de estas prejubilaciones, la acusada Patricia en nombre de Acyco, mantuvo contactos y reuniones junto con Inocencio y Roque con el entonces Director General de Trabajo y Seguridad Social, el acusado Dionisio , ya fallecido, obteniendo de éste la suscripción de un documento de fecha 8 de mayo de 2003 que reflejaba el compromiso adquirido, que textualmente decía: "Tras las reuniones mantenidas con representantes de ACYCO, S.A.L. Así como los compromisos adquiridos como apoyo al relanzamiento de la actividad y a la vista de la viabilidad de futuro que de acuerdo con el Plan redactado que tiene la misma, esta Dirección General de Trabajo y Seguridad Social apoyará el mismo mediante la concesión de ayudas sociales a los trabajadores excedentes de la readaptación de plantilla, mayores de 52 años (sic) Una vez confeccionado el Cálculo actuarial del coste de dichos trabajadores, nos reuniremos la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, el Comité de Empresa y la Dirección de la misma para acordar y formalizar las condiciones que se pacten".

Continúa describiéndose el papel central y constante del recurrente en los hechos. El recurrente participa (al mismo nivel) con los representantes de ACYCO, Patricia y Inocencio , en los contactos y reuniones que se mantienen con el Director General y que conducen al Documento de Compromiso de 8 de mayo de 2003 que este asume para la concesión de las ayudas. Debe recordarse que en este Documento ya se incluían como beneficiarios a los "intrusos".

"La ilegal inclusión de estas dos personas, era conocida por los acusados Modesto , presente en la firma del Protocolo y Ovidio , personas de contacto de Vitalia ante la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, siendo el segundo quien, por indicación de Modesto , se encargó de la gestión de tal inclusión, facilitando los datos de ambos, enviándolos al departamento de planes de Vitalia en Barcelona para que se calculara su coste dentro de los estudios actuariales realizados para la póliza de Acyco; datos que por corresponder a dos personas que no trabajaban en Acyco eran distintos a la de los citados prejubilados. Inocencio , presente en la firma del Protocolo, Patricia , firmante del Protocolo de Colaboración y del Anexo adjunto y Roque , que dio las instrucciones para que fuera remitida a Vitalia una copia del Protocolo y del Anexo en el que se incluía a estas dos personas, conocían, igualmente, que el coste de las rentas de estas dos personas iba a ser satisfecho con fondos públicos de la Junta de Andalucía bajo la apariencia de haber pertenecido a la empresa Acyco."

Aquí el recurrente se implica en la gestión material para la concesión de las ayudas y, además, en uno de los aspectos que de forma más clara evidencian el carácter fraudulento y, a la postre, delictivo de los hechos. Da las instrucciones para que fuera enviado a VITALIA el Protocolo de Colaboración DGTSS-ACYCO de 26 de julio de 2003 que incorporaba el anexo en el que figuraban los dos "intrusos". Y ello, como precisa la sentencia, conociendo que las prestaciones a estas personas, que nunca había tenido vinculación laboral con ACYCO, serían sufragadas con fondos públicos. El desarrollo posterior de los hechos, según el plan ideado desde el inicio con la aportación del recurrente, conllevaría necesariamente la inclusión de los "intrusos" en la póliza NUM001 vinculada a la NUM000 .

"La tomadora de esta póliza fue formalmente la "Asociación 3 de Julio", que se constituyó a instancias de Dionisio y Roque por los trabajadores afectados, siendo su presidente Juan Pablo . Su existencia obedecía a la finalidad de que no figurara Acyco como tomadora pues así se la liberaba de eventuales reclamaciones de los trabajadores acogidos al ERE. por posibles impagos de las que eran beneficiarios".

Es Roque quien tiene la iniciativa para que se constituya la "Asociación 3 de Julio" que habría de aparecer como tomadora de la póliza NUM000 y que, persigue, tal y como expresa el factum, liberar a ACYCO de las eventuales reclamaciones por parte de los trabajadores beneficiarios.

"Los citados acusados, salvo el Sr. Tomás cuya intervención es muy posterior, eran concededores de que se en la concesión de la ayuda se había prescindido del procedimiento legalmente establecido, pues no se había presentado por la empresa Acyco ni por ninguna otra persona solicitud formal alguna para recibir la ayuda, no se había presentado por la empresa ninguna declaración de ser beneficiario de otras subvenciones o ayudas con el mismo fin, no se realizó por la DGT informe o memoria acreditativa de la finalidad pública o razones de interés social o económico. Es más, se obvió totalmente la posibilidad de acogerse a las ayudas establecidas en el marco normativo vigente a la fecha de la concesión de la ayuda a Acyco. Además, no consta



el preceptivo informe del gabinete jurídico y, a pesar de la cuantía final de la ayuda, no había autorización de la subvención por parte del Consejo de Gobierno ni se había pasado a la aprobación previa del Consejo Rector del IFA, que después pasó a ser la agencia IDEA. Tampoco consta que se hubiera realizado por Acyco la declaración expresa de no haber recaído sobre la empresa resolución administrativa o judicial firme de reintegro, ni acreditación de estar al corriente de sus obligaciones fiscales. Igualmente, no se aportó justificante de carecer la empresa de capacidad económica para hacer frente a sus obligaciones propias con los trabajadores y no hay resolución escrita de concesión de la ayuda pública y, finalmente, todos eran concededores que ni desde la Dirección General de Trabajo ni desde la agencia IDEA se iba a hacer seguimiento alguno del cumplimiento del plan de inversiones y de futuro al que se hacía mención en el protocolo fechado el 26 de julio pero firmado entre la empresa y la DGT en el mes de octubre de 2003 y la compañía aseguradora Personal Life, indicada por Modesto, fue aceptada sin previo concurso entre empresas del sector seguros, no obstante carecer de autorización para intervenir fuera de la Comunidad Catalana."

Claro que la afirmación y referencia al recurrente que se contiene en este párrafo es general y compartida con el resto de acusados. Pero es lo que resulta de valoración de la prueba realizada por el tribunal y a lo expuesto en la impugnación de los motivos por presunción de inocencia nos remitimos. Se está plasmando en el factum la participación dolosa de los acusados, incluido el recurrente, el conocimiento por parte de todos ellos del carácter ilegal y arbitrario de las resoluciones que se fueron tomando en el seno de la Administración y de la naturaleza injustificada de la disposición de fondos públicos que se produjo.

Es una afirmación que, además, se complementa e integra con el resto de referencias concretas que se hacen sobre la participación del recurrente.

"Esta petición fue reiterada en un escrito de fecha 5 de julio de 2004 que el acusado Roque dirigió al Director General de Trabajo, Dionisio, al que igualmente acompañaba la citada factura que le había remitido Inocencio, con la misma pretensión de que la Junta hiciera efectiva tal cantidad, proponiéndole Roque diversas posibilidades para hacer frente a esta reclamación, entre ellas, el pago de dicha factura que se correspondía con prestación de servicio alguno y en la que se incluía el IVA que no respondía a actividad alguna que lo devengara.

Esta factura que figura con el número NUM011 de la "Asociación 3 de julio", por importe de 210.000 €, más 33.600€ que suponía el 16% que se decía destinado al pago del IVA, aparece emitida por el concepto "AYUDAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA ASOCIACIÓN", fue girada a la Junta de Andalucía sin que hubiera existido ninguna promoción que la justificase, y el importe que se dice adelantado no había sido satisfecho por la "Asociación 3 de Julio", ni la factura fue elaborada por la misma.

Estos dos párrafos se sitúan en el contexto de la Adenda de 8 de julio de 2004 al Convenio DGTSS-ACYCO que tuvo por objeto el presunto adelanto de cantidades por socios de ACYCO y que dio lugar a la emisión de una factura mendaz emitida por la "Asociación 7 de Julio". Pues también aquí tiene un papel efectivo y protagonista el recurrente. Propone al Director General diversas posibilidades para hacer frente a la reclamación entre las que se hallaba la que finalmente se adoptó de emitir una factura mendaz. Y, además, reclama directamente el pago mediante un correo al que acompaña la factura.

Actuando de común acuerdo los acusados Patricia, Inocencio y Roque lograron captar la voluntad de Dionisio para que éste ordenara al IFA el abono de dicha factura."

Este pasaje conecta con el anterior y sitúa al recurrente en el núcleo de la actuación coordinada y acordada de los responsables de la empresa y de la administración. Actúa de forma concertada con Patricia y Inocencio y los tres captan la voluntad del Director General para el pago de la factura.

"Esta situación de continuidad en la prestación de trabajo para Acyco, y la obtención de los beneficios que le supuso su inclusión en las pólizas por prejubilación, compatibilizándolos con las dietas y subsidio por desempleo, fue un hecho conocido, entre otros, por los acusados Inocencio, Roque, Celestino, Dionisio y Modesto."

Nos hallamos ya en los hechos específicamente referidos a la inclusión de Patricia como beneficiaria de las pólizas NUM000 y NUM012 pese a seguir percibiendo retribuciones de ACYCO y prestaciones por desempleo. Ahí se deja constancia de que se trata de una situación conocida por el recurrente. Ciertamente es que nada más se dice. Pero es que los hechos probados anteriores ya han dejado claro la implicación del recurrente en todos y cada uno de los pasos que se fueron dando. Esta referencia subraya el conocimiento por el recurrente de todo lo acaecido, que nada de lo que fue sucediendo le era desconocido.

"En esta tesitura los encausados Roque, Patricia, Inocencio y el entonces Director General de Trabajo, Calixto, con el conocimiento y autorización de Celestino, Consejero de Empleo, acordaron que el abono se haría mediante la petición por parte de Acyco de una subvención excepcional de la Junta de Andalucía, que



sería pagada por la agencia IDEA por encomienda de gestión de la Dirección General de Trabajo, con el mendaz pretexto de salvaguardar puestos de trabajo en riesgo de despido por crisis en la empresa; subvención para cuya concesión era competente dicho Consejero y no el Director General de Trabajo."

Nos encontramos en el epílogo de la narración con la concesión de la subvención excepcional concedida -ayuda socio-laboral- para pagar al despacho GARRIGUES, precisamente, la minuta de honorarios por los servicios prestados por el propio recurrente. De forma expresa y literal solo se cita al recurrente en el párrafo que se ha reproducido. Sin embargo, no puede olvidarse que ya al inicio del relato se hizo referencia al ofrecimiento de servicios que hizo Roque según el cual sería la Junta de Andalucía la que cargaría con el coste de sus servicios profesionales. Y tampoco puede desligarse al recurrente de las propias acciones llevadas a cabo por su despacho para el cobro de estos honorarios y del resto de datos que se consignan en el factum sobre esta cuestión. Así, el Director General, Dionisio, ya había asumido el compromiso de pago que se intentó materializar mediante una nueva póliza o un mayor valor de la prima de la póliza ya concertada recurriendo, incluso, al sistema de "pagos cruzados". Ante la inicial falta de pago por la Administración el despacho GARRIGUES interpuso demanda contra ACYCO reclamando el pago de 109.620 euros por los servicios prestados por el recurrente, alegando esta demandada que los servicios habían sido encomendados por la Junta de Andalucía. En fecha 2 de marzo de 2010 se dictó sentencia condenando a ACYCO a pagar la suma reclamada más intereses y costas. Y es tras lo anterior y en este singular contexto en el que expresamente se dice en la sentencia que Roque y el resto de los acusados implicados en estos concretos hechos "acordaron que el abono se haría mediante la petición por parte de ACYCO de una subvención excepcional ... con el mendaz pretexto de salvaguardar puestos de trabajo en riesgo de despido por crisis en la empresa ...". El recurrente, otra vez, se halla en el centro de la toma de decisión conjunta en un aspecto clave que define el carácter delictivo de los hechos.

20.2.- De lo anteriormente relatado se comprueba que el relato fáctico de la sentencia sí detalla la aportación concreta de Roque a los hechos. Se describe una relevante aportación desde el inicio mismo hasta su episodio final. Y se destaca una actuación concertada siempre con el resto de los acusados. Es el conjunto del relato, el total de las referencias que se hacen al recurrente está relacionada con las anteriores y las posteriores que constan en el relato. Los párrafos transcritos revelan que los servicios prestados ni eran un mero asesoramiento ni se limitaban a la tramitación del ERE. Es cierto que asesoraba y gestionaba, pero también que participaba de forma relevante en la toma de decisiones. Y no solo en el ERE, sino en todo lo relativo a la concesión de las ayudas socio-laborales vinculadas al mismo.

Por ello el encaje de tal conducta en la categoría de cooperación necesaria, art. 28.2 b) CP, debe ser mantenida.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Llegados a este punto, es necesario analizar la cuestión relativa al sujeto activo y participación en los delitos de prevaricación y malversación.

21.1.-SUJETO ACTIVO.

Los delitos de prevaricación administrativa y malversación se configuran como delitos especiales. Ello implica que sujeto activo solo puedan serlos la autoridad o funcionario público, término que, en el ámbito punitivo, más amplio y extenso que el administrativo, se rigen para su determinación por el criterio material consistente en el ejercicio de potestades o funciones públicas (art. 24.2 CP). En este sentido, las SSTs 1125/2011, de 2-11, y 186/2012, de 14-3, ya señalaron que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24.2 CP, según el cual "se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas", es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo.

Por el contrario, el concepto penal de funcionario es más amplio que aquel, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el art. 24 enumera, y de otro lado, la participación de funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo (SSTs 1292/2000, de 10-7; 68/2003, de 27-1; 333/2003, de 28-2; y 663/2005, de 23-5), e incluso a la clase o tipo de función pública. Aquella participación en las funciones públicas puede serlo -como expresa la STS 22-4-2003- tanto en las del Estado, entidades locales o comunidades autónomas, como incluso en las de la llamada administración institucional que tiene lugar cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que "cualquier actuación de estas entidades, donde existe un interés público, responde a este concepto amplio de función pública. En lo que se refiere al acceso a tales funciones públicas nada importan en este campo ni los requisitos de elección para el ingreso en la



categoría, por modesta que fuera, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de provisión, ni aun la estabilidad o temporalidad (STS 2361/2001, de 4-12).

Se matiza en la STS nº 166/2014, de 28-2, que "el concepto de funcionario público se asienta en bases materiales y no en la pura apariencia o el ropaje externo jurídico o administrativo. Es un concepto marcadamente funcional. Precisa, como dijimos, de dos presupuestos (art. 24.2 CP): el nombramiento por autoridad competente y la participación en el desempeño de funciones públicas. No puede quedar encorsetada esa noción por la reglamentación administrativa. Hay que acudir a la materialidad más que al revestimiento formal del cargo ostentado.

Se impone en este punto, más que en otros, un ponderado "levantamiento del velo": estar a la realidad esencial, y no al ropaje formal. La huida del derecho administrativo, fenómeno bien conocido y teorizado por la doctrina especializada, no puede ir acompañada de una "huida del Derecho Penal", sustrayendo de la tutela penal reforzada bienes jurídicos esenciales, por el expediente de dotar de apariencia o morfología privada a lo que son funciones propias de un organismo público desarrolladas por personas que han accedido a su cargo en virtud de la designación realizada por una autoridad pública, aunque la formalidad jurídica externa (contrato laboral de Alta Dirección, elección por el órgano de gobierno de una mercantil) encubra o se superponga de alguna manera a esa realidad material."

Como añade la STS 1608/2005, de 12-12, "el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo. Ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquel que "... por disposición inmediata de la ley o por elección o nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas". Según, pues, el art. 24.2 CP, el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas. De ello deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de "carrera", como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia (SSTS 1292/2000, de 10-7; 1344/2004, de 23- 12).

Se trata, en definitiva, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia, de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico política, acorde con un planteamiento político criminal que exige por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que solo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo". Así, se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos, tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas por quienes participan en ella, como en aquellos otros casos en los que con las acciones de los particulares, las que al ser dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos.

21.2.- En cuanto al concepto de función pública, más allá del matiz relevante introducido por el art. 24.2 CP, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal, se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho Público, teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecutan las actividades se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos.

La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho Público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos.

Así, en la STS 1292/2000, se ha dicho que "lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control de derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública. En la STS 68/2003, luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales, administración institucional, afirma que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública". Igualmente la STS 866/2003, de 16-6, entendió que "lo verdaderamente característico y lo que las dota de la condición jurídica, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio público.

21.3.-PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN Y MALVERSACIÓN.

Estos delitos admiten la participación en calidad de cooperador necesario, inductor o cómplice por parte del extraneus no funcionario, como del funcionario que participa en el proceso dirigido a la adopción de una relación injusta con una actuación administrativa previa no necesaria pero sí decisiva, supuesto que en ocasiones se ha calificado de coautoría sucesiva.



No puede imputarse la autoría directa, mediata o coautoría a quien no es el funcionario competente para dictar la resolución, sí, en cambio, a los cooperadores y cómplices, así como a los inductores.

En este sentido la STS 627/2006, de 8-6, precisa como la jurisprudencia, tras declarar que la naturaleza de estos delitos es la propia de delito especial propio, impone la condena por ese delito a extraños a la relación funcional, a partir de dos importantes sentencias -caso de la construcción de Burgos, STS 18-1-94; caso Cimpa, STS 24-6-94- que admitieron la sanción del extraño, si bien no podría ser autor mediato o coautor, por no reunir los requisitos que el tipo exige para la autoría, aunque sí, como adelantábamos, inductor o cooperador necesario, que el art. 28 equipara a la autoría.

Los hitos fundamentales de esta institución son los siguientes:

1º) No puede imputarse la autoría del delito de prevaricación o malversación a quien no es funcionario público.

2º) Cabe la participación de los inductores o cooperadores necesarios en cuanto partícipes en un hecho ajeno, no requiriéndose en tal caso la modalidad que para el autor exige el tipo penal. Se mantiene la unidad del título de imputación, por tanto, pero se condena al extraño como partícipe. La solución de mantener el título de imputación se aplica tanto a los delitos especiales propios como impropios.

3º) Quien induce a los funcionarios a dictar una resolución injusta, induce a prevaricar y es autor en consecuencia del art. 28 a), e igualmente ocurre en la cooperación necesaria del art. 28 b).

4º) Por ello, puede utilizarse por vía indirecta el art. 65.3 CP para rebajar la pena e individualizarse en relación a los extraneus que hubieran actuado como inductores o cooperadores necesarios.

Pero no siempre debe rebajarse la pena al partícipe, pues tal descenso es facultativo y desde luego nunca debe operar cuando la responsabilidad de este es anterior o igual a la responsabilidad del intraneus.

5º) En cuanto a los cómplices, aunque el art. 65.3 CP solo menciona a los cooperadores necesarios e inductores, por lo que existe la duda de si están o no incluidos en este precepto, el Tribunal Supremo también se ha encargado de resolver la cuestión. Concretamente en la STS 841/2013, de 8-11, considerando "que es cierto que explícitamente el art. 65.3 CP no hace mención a los cómplices, lo que no excluye que se pueda participar en el hecho en tal concepto, sin reunir las condiciones o cualidades personales del sujeto activo".

Por ello el Tribunal Supremo admite dos rebajas concurrentes: una por ser cómplice (art. 63 CP), y otra por ser un partícipe extraneus en un delito especial (art. 65.3 CP) -ver STS 507/2020, de 14-10 (caso Gürtel)-.

21.4.- En definitiva, el vigente art. 65 CP, introducido por la reforma LO 15/2013, ha dado carta de naturaleza legal a la doctrina jurisprudencial de la participación de extraños en los delitos especiales propios, facultando a los Tribunales para imponer una pena inferior en grado respecto de quienes ostentan los elementos especiales de la autoría.

El art. 65.3 permite facultativamente reducir en un grado la pena al extraño a la relación funcional, pero el ejercicio de esa facultad debe ser razonable y fundado y ha de valorarse para su aplicación, no solo la específica relación funcional, pues se trata de delitos de infracción del deber en los que el funcionario tiene el dominio de la acción, sino también la gravedad de la conducta realizada.

En efecto, sobre la naturaleza de la degradación de la pena prevista en el art. 65.3 CP se ha pronunciado esta misma Sala (SSTS 494/2014, de 18-6; 508/2015, de 27-7; 891/2016, de 25-11; 693/2019, de 29-4; 332/2020, de 18-6) en el sentido de que el que el legislador no haya impuesto con carácter imperativo la rebaja de pena -hecho que se desprende con facilidad de la utilización del vocablo podrán- es bien expresivo de que la diferente posición del particular respecto de quien no quebranta ese deber de fidelidad exigible a todo funcionario o asimilado, no siempre justifica tratamiento punitivo diferenciado, que conduzca necesariamente a la rebaja en un grado de la pena imponible al autor material. Por ello esa regla general podrá ser excluida por el Tribunal siempre que de forma motivada, explique la concurrencia de razones añadidas que desplieguen mayor intensidad, frente a la aconsejada rebaja de pena derivada de la condición de tercero partícipe.

En este contexto, además, tienen lugar consecuencias similares a la teoría de la codelincuencia -véase STS 25-11-2009- que admite la participación en cadena y por tanto también la inducción en cadena de los extranei, supuesto que es calificado por algún sector doctrinal como complicidad.

La STS condena como coautora de un delito de prevaricación a la acusada que como coordinadora de los examinadores, accedía a las peticiones de dichos examinadores, autores materiales, de calificar como aptos espuriamente a personas que se presentaban para la obtención del permiso de conducir, pero sin haber superado las pruebas.



21.5.- En cuanto al derecho comparado, en Italia en los delitos propios, para la aplicación del art. 110 CPI al extraño, condenándole por el mismo delito y la misma pena, deben concurrir dos condiciones. Son las siguientes:

1ª Que la acción típica sea desarrollada por el intraneus o, mejor dicho, por la persona que posea la calificación requerida por la norma penal.

2ª Que el extraneus rectius, la persona que no posee la calificación requerida para integrar el tipo penal, conozca o sea consciente de la calidad de intraneus del sujeto autor del delito.

Si concurren ambos requisitos la pena es la misma que la del intraneus -art. 110 CPI-.

En cambio, si el extraño no conoce la cualidad del autor, se puede atenuar su pena pero manteniendo el título de imputación, art. 117 CPI.

En los delitos especiales impropios, se rompe el título de imputación y se condena al extraño bajo un nomen iuris diferente, pero manteniendo ese concurso como figura unitaria.

En Alemania, en los delitos especiales propios, el parágrafo 28.1 dice que: "Si faltan características especiales § 19 inciso 1) en el partícipe (instigador o cómplice) que fundamentan la punibilidad del autor, entonces se debe reducir la pena, de conformidad con el § 41 inciso 1)". Diferente es la solución en los delitos especiales impropios, con la aplicación del § 28.2 St. GB se va a hacer responder al extraño por un delito diferente, rompiendo de esta manera la unidad del título de imputación.

21.6.-Problema absolución del autor principal. Consecuencias.

Por accesoriadad de la participación se entiende una relación de dependencia que concurre al hecho del partícipe. La dificultad estriba, en primer término, en determinar en qué consiste esa dependencia. Además el concepto de accesoriadad dista mucho de tener un contenido nítido. La accesoriadad es una necesidad conceptual toda vez que implica una conducta básica, la del autor que realiza el núcleo del delito y otras conductas periféricas que acceden a la principal. De este principio de accesoriadad se derivan una serie de aspectos, que están relacionados con esta, unas veces porque integran por sí mismos su propio contenido o esencia, y otras porque tal vez son consecuencia de la misma.

La participación es siempre un comportamiento agregado al del autor en sentido estricto, de ahí que se considere la conducta del partícipe accesoria respecto a la del autor. En este sentido parte de la doctrina puntualizaba "la participación consiste en tomar parte en el hecho ajeno cuya ejecución es obra del autor principal, este nexo de dependencia del partícipe respecto del autor principal permite afirmar la naturaleza accesoria de la participación."

Por ello la accesoriadad se explica por la dependencia del régimen jurídico de la participación respecto de la conducta del autor principal. Significa que la conducta de la participación no tiene ninguna relevancia criminal autónoma, sino que es criminalmente dependiente en el delito en el que ha tomado parte. Esto es el reconocimiento de la naturaleza accesoria de la participación. El concepto de accesoriadad niega cualquier manifestación de autonomía del comportamiento del partícipe; por tanto en la actualidad, por accesoriadad se designa la dependencia que la conducta del partícipe tiene respecto a la conducta del autor. La participación tiene una naturaleza accesoria que equivale a decir que su valoración jurídica depende en todos los aspectos plenamente a la que corresponde al delito realizado por el autor principal. Naturaleza accesoria que evita la inseguridad jurídica que comporta toda desviación de la existencia de la tipicidad de la conducta.

Esta Sala, en STS 979/2016, de 11-1-2017, tiene declarado que:

"Como es sabido, la participación es accesoria, es decir que el partícipe solo puede responder penalmente cuando se ha constatado la comisión de un hecho delictivo principal realizado por el autor. En la actualidad la teoría jurídica del delito aplica de forma mayoritaria, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, la doctrina de la accesoriadad limitada, de acuerdo con la cual el partícipe responde de los hechos típicos y antijurídicos cometidos por el autor. Ello significa, en todo caso, que el partícipe solo puede ser castigado si se constata una conducta típica y antijurídica del autor, aun cuando éste no fuere culpable."

21.7.- En el caso, tratándose de participación en un delito especial del que se hace partícipe a título de cooperación necesaria a un particular, no se resiente el principio de accesoriadad de la participación por el hecho de que la autoridad o funcionario ya han sido juzgados en el problemático contexto que se ha descrito, como tampoco por el hecho de que la autoridad o funcionario responsable de estos hechos, en los años 2003-2005, haya fallecido (el entonces Director General de Trabajo Dionisio). Las causas de exclusión de la responsabilidad penal por cosa juzgada, non bis in idem o fallecimiento de la autoridad o funcionario, no



inciden en la accesoriadad de la participación de los particulares partícipes en el delito especial. Sí la habría si la conducta del funcionario no es típica o no es malversadora o prevaricadora.

Partiendo de estas premisas, las conductas del acusado descritas en el factum son las características de un supuesto de participación por cooperación necesaria en los delitos especiales propios de prevaricación, malversación y falsedad por los que se ha dictado sentencia condenatoria.

21.8.- En cuanto al delito de falsedad en documento oficial, conviene señalar que las acusaciones se referían, por un lado, a la factura que se utilizó para justificar el abono del anticipo de la prima pagada por socios y reintegrado a estos, y de otro, a los documentos derivados de la solicitud de ayuda excepcional concedida el 24-3-2010 en relación al abono de la factura de Garrigues.

En relación a la primera, finalmente no se formuló acusación por la posible falsificación de la misma y el reproche penal se refirió a su utilización con la finalidad de obtener una decisión administrativa injusta que posibilitara el acceso a los fondos públicos de manera indebida; limitándose la condena por falsedad a la cometida en documentos oficiales por la ayuda de 24-3-2010, hechos que integran, además, un delito de prevaricación del art. 404 CP y un delito de malversación de caudales públicos tipificado en el art. 432.1 y 2 CP.

Falsedad documental prevista y penada en el art. 390.1-4 ("faltando a la verdad en la narración de los hechos") e incluso en el art. 390.1-2 ("simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad") dada la completa creación ex novo de un documento relativo a una operación absolutamente inexistente cuya realidad se pretende simular o aparentar, pues verdaderamente no existe en modo alguno, conteniendo datos que, por lo tanto, son inveraces, puede constituir una conducta subsumible en el art. 390.1-2 CP. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que carece de trascendencia el cambio o mutación de la incriminación dentro de los números del art. 390.1, siempre que no exista una mutación fáctica esencial -aquí inexistente- ya que no se altera la unidad del objeto normativo en la conceptualización penal del hecho, y la aplicación de distintos números del art. 390.1 como elemento tipificador no infringe el principio acusatorio (SSTS 35/2010, de 4-2; 1090/2010, de 27-11; 280/2013, de 2-4).

-En todo caso nos encontraríamos ante un concurso de delitos, al tratarse de acciones diferentes que atentan a bienes jurídicos distintos y autónomos y ninguno de los tres tipos penales aplicados, individualmente considerados, abarca el desvalor de toda la acción, por lo que cuando, además de la prevaricación y malversación, concurre una falsedad documental, deben pensarse por separado los tres delitos de acuerdo con las normas del concurso medial.

21.9.- Respecto al problema de la punibilidad de la participación de los "extraneus" en los delitos especiales, la doctrina denomina así a los tipos penales que no pueden ser realizados por cualquier persona, sino solo por aquellas indicadas en la definición del tipo penal, que potencialmente se encuentran en condiciones de lesionar el bien jurídico tutelado en el tipo, lo que puede estar determinado por muchas circunstancias como el parentesco, profesión, ejercicio de ciertos cargos o funciones, algunas relaciones jurídicas, etc...

Ahora bien -como ya hemos expuesto al analizar la participación en los delitos de prevaricación y malversación- esta Sala tiene dicho, que si bien el "extraneus" no puede ser autor de delitos especiales, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación -cooperación necesaria e inducción- y autoría mediata, que se equiparan a la autoría material a los efectos penales.

Por lo que se refiere a la falsificación en documento público u oficial, podemos afirmar que no es un tipo delictivo de los llamados de propia mano, es decir, de aquellos en los que únicamente puede ser autor el que, mediante la propia acción personal causa el resultado, sin que quepa, por tanto, la posibilidad de ser cometidos sirviéndose de la intervención de otro sujeto.

Consecuentemente, en el delito de falsedad documental pueden participar varias personas, realizando en forma colaboradora la acción descrita en el verbo rector del tipo, tomando parte en la ejecución, participando idealmente en la misma o auxiliando a su comisión con actos necesarios o accesorios.

Por otra parte, es necesario tener presente que alguno de los delitos de falsedad documental gozan de las características propias de los delitos que la doctrina califica como delitos propios, es decir, aquellos delitos que son tipificados por el sujeto activo, de tal modo que el tipo penal exige una especial condición jurídica en el mismo, como es la cualidad de autoridad o funcionario público, responsable de confesión religiosa o facultativo.

Por lo que se refiere a la falsificación en documento público u oficial, cometida dolosamente por autoridad o funcionario público, delito de los denominados propios, no cabe duda alguna de que los particulares responderán como autores del delito del art. 390.1 CP y deberán ser sancionados con la pena correspondiente al mismo, no siendo de aplicación el art. 392 (falsedad del particular en documento público, oficial o mercantil)



cuando exista concierto de voluntades entre el particular y la autoridad o funcionario público para la comisión del delito, concierto de voluntades que puede ser expreso o tácito y producirse con anterioridad a la ejecución del hecho o en el momento mismo de su comisión, puesto que la responsabilidad en concepto de autor no exige la intervención corporal en la dinámica material de la falsificación, bastando el concierto de voluntades y el reparto previo de papeles para la realización y el aprovechamiento de la documentación falseada, siendo suficiente con que el particular partícipe tenga el dominio funcional sobre la falsificación (STS 6-11-2003).

Cabe igualmente señalar que el CP de 1995, resolvió el problema que se planteaba en la doctrina en relación con la participación en los denominados delitos propios como consecuencia de la redacción del art. 14 CP derogado, que obligaba a acudir en tales supuestos a la participación por autoría de los que no ostentaban la cualidad o condición exigida por la Ley en el sujeto activo del delito a la atribución de la responsabilidad a título de inducción o cooperación necesaria.

Por tanto, cuando el particular se concierta con la autoridad o funcionario público para la comisión del delito de falsificación de documento público, oficial o mercantil y lo ejecuta, total o parcialmente, no cabe duda alguna de que los sujetos activos del delito realizan el mismo hecho "conjuntamente", ajustando sus conductas a las exigencias típicas. La diferencia estriba únicamente en el hecho de que en tales supuestos el dolo del particular debe abarcar los elementos del tipo realizado por la autoridad o funcionario público, pero a diferencia de lo que sucede con éstos, debe alcanzar tanto a los elementos objetivos como a los subjetivos del referido tipo penal, es decir, el conocimiento de la cualidad específica de autoridad o funcionario exigida por la Ley a los sujetos del delito.

En definitiva la doctrina ha admitido la participación accesoria del "extraneus" en un delito comisible solo por un sujeto activo cualificado, entendiéndose que la condición de autoridad o funcionario público opera como elemento integrante del tipo y no como circunstancia modificativa y que la solución contraria infringiría la teoría de la unicidad, según la cual todos los partícipes intervienen en un solo y único delito, sin que sea lícito penar a unos subsumiendo su conducta en una figura delictiva y a otros encuadrando su comportamiento en una hipótesis legal distinta; y porque con otra solución se rompería la unidad del tipo de imputación y la propia entidad indescindible del tipo, al establecer un título de imputación diferente para unos y otros partícipes del hecho único, y ello debe ser así, pues al fundirse la voluntad del "extraneus" con la del "intraneus", bien conformando esta última a través de la inducción, bien cooperando materialmente al hecho falsario con una aportación causal necesaria al mismo, de un lado, la conducta del no cualificado pierde sustantividad en favor de la principal y preferente del cualificado, pues ambas aparecen finalmente ejecutadas para el logro del resultado típico de la falsedad documental en documento público; y de otro, el "extraneus" asume el plus de desvalor de la conducta del funcionario, sujeto activo propio, al ser consciente de que induce o coopera a que aquél quebrante los deberes ínsitos a su función.

21.10.- Siendo así, de los citados delitos responderán, en principio, -sin perjuicio de que pueda operar la cosa juzgada y el principio non bis in idem- los acusados Calixto y Celestino, Director General de Trabajo y Consejero de Empleo en la fecha en la que se decide conceder la subvención excepcional so pretexto de salvaguardar 144 puestos de trabajo de ACYCO, cuando la finalidad real de tal ayuda era el pago de los honorarios del abogado por sus gestiones en la tramitación del ERE. Igualmente serán responsables de dichos delitos los "extraneus" Patricia, Roque, y Inocencio.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Motivo séptimo recurso Roque.

Al amparo del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 28.2 (cooperador necesario) e inaplicación indebida del art. 29 (complicidad).

El motivo, subsidiario del anterior, propugna que la actuación del recurrente se encuadra en la denominada complicidad adhesiva, dado que los hechos probados apuntan -y así se recoge en la sentencia de esta Sala Segunda sobre el procedimiento específico-, "que en fechas notablemente alejadas a la intervención del recurrente, ya se producía idéntica operativa que los mismos hechos probados señalan como la causante de la despatrimonialización, todo ello, por tanto, tan alejado temporalmente, como personalmente del Sr. Roque, que resulta imposible hablar de cooperación necesaria", es decir, de imposible afirmación de la necesidad de su intervención.

Igualmente, los propios hechos probados de la sentencia impugnada reconocen que la actuación del recurrente se produjo adyacente a otros muchos comportamientos, constituyéndose en una ínfima parte fáctica de lo probado.

En definitiva, mucho antes de los hechos imputados al Sr. Roque ya existía el sistema fraudulento en la Administración, y en todo caso, estaríamos ante la denominada "complicidad adhesiva".

El motivo deviene improsperable.



22.1.- En efecto, en cuanto a la participación como cómplice debemos partir, como hemos dicho en SSTs 927/2013, de 11-12; 23/2015, de 4-2; 415/2016, de 17-5; 129/2018, de 20-3; 249/2018, de 24-5; 723/2023, de 2-10, que la diferencia entre la coautoría y la cooperación o la participación, radica en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría (STS. 590/2004 de 6.5); y se concreta que "existe cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la conditio sine qua non), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos) o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho) (STS. 1159/2004 de 28.10, 891/2006 de 22.9)".

En la STS. 699/2005 de 6.6, se reconoce que para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, "la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última", que permite a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que "el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores".

Así, en la Sentencia 1338/2000, de 24 de julio, se declara que la participación en el hecho delictivo mediante la cooperación necesaria tiene dos vertientes que es preciso delimitar: por una parte con la autoría en sentido estricto (artículo 28.1 C.P.) -se dice que es autor aquél que realiza el tipo previsto en la norma como propio-; por otra parte con el cómplice, artículo 29 C.P. (el aplicado), a cuyo tenor son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos. El cooperador, sea necesario o cómplice participa en el hecho típico realizado por otro. A su vez, la coautoría implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente no jugando con ello el principio de la accesoriedad de la participación. La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado al respecto que "la cooperación necesaria supone la contribución al hecho criminal con actos sin los cuales éste no hubiera podido realizarse diferenciándose de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo", refiriéndose a las teorías esgrimidas para diferenciar la autoría en sentido estricto de la cooperación, la de la "conditio sine qua non", la del "dominio del hecho" o la de las "aportaciones necesarias para el resultado", resultando desde luego todas ellas complementarias. Por lo que hace a la participación a título de cómplice se habla de una participación de segundo grado, que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución, pero accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda, distinto de la trascendente fundamental y esencial que va embebida en la autoría (S.T.S. de 6/11/96 y las recogidas en la misma).

Y la Sentencia 123/2001, de 5 de febrero, también entra en el examen de la participación delictiva y expresa que una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad. Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 enero 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad. En primer lugar, se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas. De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho. Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito. Como señalan las resoluciones citadas,



la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva. Sin embargo, una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el dominio funcional del hecho. Serán, pues, coautores los que co-dominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia de esta Sala ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría. Constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Esta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar. La teoría de la participación en sentido estricto -excluida la autoría- se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito. Esta Sala viene declarando (cfr. Sentencia de 11 de junio de 1999) que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesorio o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario. Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido, como ya dejamos expuesto más arriba, a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación. De una parte la de la "conditio sine qua non", para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito; y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro de la coautoría. En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible.

Por ello la complicidad "requiere una participación meramente accesorio, no esencial, que se ha interpretado jurisprudencialmente en términos de imprescindibilidad o no concreta o relacionada con el caso enjuiciado, no en términos de hipotéticas coyunturas comitivas" (STS. 1216/2002 de 28.6). Debiendo existir entre la conducta del cómplice y la ejecución de la infracción, una aportación que, aunque no sea necesaria, facilite eficazmente la realización del delito de autor principal (STS. 185/2005 de 21.2).

En todo caso, el dolo del partícipe consiste en la conciencia y voluntad del coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir que han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres y expuestos de esenciales y necesarios -cooperación o de mera accesoriedad o periféricos (complicidad)-, y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor, y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél.

22.2.- En el caso que nos ocupa, la pieza del "procedimiento específico" tuvo por objeto enjuiciar las conductas de las autoridades y funcionarios que implementaron el sistema y concedieron o posibilitaron la concesión de las ayudas. Y las piezas separadas tuvieron por objeto el enjuiciamiento de "cada una de las ayudas singulares, lo que incluye a todas las personas que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de las ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados o se beneficiaron ilícitamente de las mismas" (vid. STS 749/2022, FD 3.4).

Por ello la actuación no fue posterior ni "adyacente". No es posterior, sino simultánea a la implementación del "sistema" pues en él se asentaron las ayudas que se concedieron a ACYCO. Es el "sistema" el que, con plena conciencia de su, al menos, irregularidad, cuando no ilicitud, es utilizado para la obtención de las ayudas. El recurrente no se incorpora a lo ya iniciado por otros, que sería lo propio de la participación adhesiva, sino que participa desde el inicio hasta el final en toda la secuencia delictiva que hubo de desarrollarse para obtener las ayudas vinculadas a la empresa ACYCO, tal y como se detalla en los hechos probados.

Y como acertadamente precisa el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, tampoco fue "adyacente" sino "concertada y coordinada con los funcionarios que las concedieron, los responsables de las empresas y los de las entidades mediadoras de seguros, y decisiva y relevante para su obtención. No se aprecia en la aportación del recurrente a los hechos delictivos esas notas de accesoriedad, accidentalidad o mero auxilio características de la complicidad (por todas, SSTS 410/2022, de 27 de abril o 489/2020, de 1 de octubre). La conducta del recurrente no fue secundaria sino protagonista y con dominio funcional del hecho. No interviene



puntualmente ni en una fase ulterior, aunque previa a la consumación. Lo hace desde el principio y de manera constante, ofreciendo el "producto", gestionando, reuniéndose, proponiendo soluciones, participando en la toma de decisiones y, finalmente, siendo beneficiario directo o indirecto de la ilícita distracción de los fondos al ser pagados sus honorarios con cargo a los fondos públicos bajo la cobertura de una ayuda de empresa."

Consecuentemente, no se dan los requisitos de la participación adhesiva, que es más propia de la coautoría aditiva y que requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.
- 2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución hubiera sido iniciada por aquel.
- 3) Que quienes intervengan con posterioridad, ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito, aprovechándose de la situación previamente creada.
- 4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiera producido la consumación, puesto que quien interviene después de tal consumación, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del delito (SSTS 830/2015, de 22-12; 134/2017, de 2-3; 330/2017, de 11-5).

III) MOTIVOS RELATIVOS A LA ATENUANTE DE DILACIONES INDEBIDAS Y SU APRECIACIÓN COMO MUY CUALIFICADA

VIGÉSIMO TERCERO.- Motivo cuarto recurso Patricia . Motivo octavo recurso Roque . Motivo quinto recurso Inocencio . Motivo sexto recurso Modesto .

Los motivos se articulan por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim, denunciando infracción del art. 21.6 en relación con el art. 66.2 CP, reclamando la cualificación de la atenuante de dilaciones indebidas aplicada en la sentencia, con la consecuente degradación punitiva que ello habría de comportar.

Todos los motivos tienen en común fundar la pretensión en el periodo de tiempo consumido desde el inicio del procedimiento y llamada al mismo de los recurrentes y su finalización con el dictado de la sentencia, es decir, en la duración total del procedimiento. Es de resaltar, por tanto, que ninguno de los motivos señala o identifica periodos concretos y significativos durante los cuales el procedimiento se paralizara de forma injustificada. Tan solo se alega una cierta dilación en la fase que media entre la remisión de la causa a la Audiencia Provincial para enjuiciamiento y el inicio de las sesiones del juicio oral.

23.1.- Necesariamente hemos de partir de que el inicio del cómputo del tiempo de las posibles dilaciones, no debe tenerse en cuenta la fecha de los hechos -años 2003-2004-. Así la jurisprudencia por ejemplo STS 841/2015 del 30 diciembre ha declarado, que el derecho se refiere al proceso sin dilaciones no a un hipotético y exótico derecho del autor de un delito a un descubrimiento rápido tanto de la infracción penal como de su implicación en ella (STS 250/2014, de 14 de marzo). Desde la comisión del hecho hasta la incoación del proceso penal no hay afectación de derecho fundamental alguno. El cómputo comenzará cuando se adquiere la condición de imputado. Solo en ese momento se produce el padecimiento que supone estar sometido a un proceso (posibles medidas cautelares, obligación apud acta, zozobra derivada de la incertidumbre del seguimiento del proceso...) y que enlaza con la idea de pena natural, latente en la construcción dogmática de la atenuante de dilaciones indebidas. El derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable no puede degenerar en un derecho de todo delincuente a ser descubierto con prontitud (STS 940/2009 de 30 de septiembre). En definitiva el conjunto de los retrasos injustificados se contraen a los producidos desde la incoación del proceso y no desde la comisión del hecho delictivo (STS. 371/2015 de 17.6).

23.2.- Expuesto lo anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial, que apreció la atenuante como simple y no como cualificada, dedica el fundamento de derecho décimo cuarto al análisis de las dilaciones indebidas. Así, tras exponer la doctrina jurisprudencial con carácter general sobre esta atenuante, resume las razones de su decisión en los dos últimos párrafos, con cita del auto de 30-9-2015, por el que se acordó la formación de las distintas piezas separadas para el enjuiciamiento separado de las distintas ayudas, así como las consideraciones contenidas en el auto de 13-11-2014 que avaló el criterio del instructor al abordar la instrucción completa de los hechos de esa manera; es decir, como una causa principal o matriz -procedimiento específico- sobre el irregular sistema que se diseñó para la presupuestación y concesión de las ayudas individuales que se concedieron al amparo de tal sistema, concluyendo de la siguiente forma:

"Se trataría, según el informe del Ministerio Fiscal de la incoación de unas 200 piezas, lo que evidencia la complejidad del procedimiento, habiendo transcurrido seis años y tres meses desde el inicio de esta pieza, por lo que no cabe apreciar una dilación extraordinaria del procedimiento, cualificadora de la atenuación estimada, máxime cuando su resolución ha precisado de una atención casi exclusiva, muy difícil de conseguir dada el



cúmulo de trabajo que soporta este Tribunal, lo que ha provocado un retraso inadecuado e indeseado en la resolución de esta causa."

Basándose las impugnaciones de forma principal en la duración total del proceso y no habiéndose denunciado periodos concretos de paralización en la tramitación más allá del transcurrido desde la apertura de juicio oral hasta el inicio de las sesiones y dictado de la sentencia, procede precisar algo más las fechas de los hitos procesales más relevantes.

La causa matriz D.P. 174/2011 fue incoada por auto de fecha 19 de enero de 2011, el auto que acuerda la formación de piezas separadas lleva fecha de 30 de julio de 2015, la incoación de las presentes D.P. 5744/2015 se produjo mediante auto de 5 de octubre de 2015, el auto de transformación en procedimiento abreviado se dicta con fecha 26 de septiembre de 2016, la apertura de juicio oral tiene lugar mediante auto de 16 de noviembre de 2016, la remisión de las actuaciones a la Audiencia se produce en noviembre de 2017, en diciembre de 2019 se dicta auto de admisión de pruebas, el juicio oral se desarrolló durante los meses de septiembre a diciembre de 2020 y la sentencia se pronuncia con fecha 12 de enero de 2022.

De lo anterior se desprende que:

1. Desde la incoación de la causa matriz hasta el dictado de la sentencia en esta pieza han transcurrido once años.

2. Pero si el cómputo se contrae a la presente causa-pieza separada, desde su incoación hasta la finalización de la instrucción con el auto de P.A. el tiempo consumido se sitúa en torno al año. Si lo calculamos desde la incoación hasta el dictado de la sentencia el lapso temporal es de unos 6 años y 3 meses.

4. Dado que el presente procedimiento trae causa de la causa matriz D.P. 174/2011 hay que traer a colación el pronunciamiento que sobre las dilaciones indebidas se contienen en la STS 749/2022, de 13 de septiembre, que resolvió los recursos de casación interpuestos contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla en la causa principal o matriz. En esta sentencia esta Sala rechaza la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas que se le reclamaba en uno de los motivos formalizados por el acusado Celestino. Tras analizar con detalle la tramitación procesal de la causa y no advertir paralización significativa alguna, realiza, entre otras, las siguientes consideraciones (recordemos que en esa causa la incoación se produjo el 19 de enero de 2011 y la sentencia de instancia se dicta con fecha 19 de noviembre de 2019):

(FD 107.3 y 107.4)

"Los hechos investigados tuvieron lugar durante los años 2000 a 2009 y la presente causa se incoó mediante auto de 19/01/2011, por el que se procedió a la apertura de las Diligencias Previas 174/2011:

-El auto conclusión de la fase de instrucción está fechado el 31/05/2016 (Tomo 21, folios 7768 y siguientes-pieza principal) por lo que la fase de instrucción tuvo una duración de 5 años y 4 meses. El auto de apertura de juicio oral se dictó el 29/11/2016 (Tomo 36, folios 12838 y siguientes -pieza principal). El juicio se señaló en junio de 2017.

-La vista oral se inició el 13/12/2017 y quedó visto para sentencia el 17/12/2018, por lo que tuvo una duración de un año.

-La sentencia se dictó el 19/11/2019, tardando el tribunal de instancia un año en dictar sentencia.

-La documentación de las actuaciones es de proporciones inusuales.

La causa principal se compone de 119.565 folios (Tomos 1 a 328), más los Tomos 329 a 334 con numeración propia y otros 41 tomos de anexos documentales. La pieza separada principal se compone de 14.276 folios (41 tomos) más 9 tomos de anexos documentales y, además, hay otra pieza documental numerada que integra los documentos aportados al juicio.

Y, por último, la complejidad de la investigación es notoria. Se incorporado numerosos informes técnicos y policiales, peritajes, así como expedientes administrativos diversos que han debido ser examinados por los magistrados que han intervenidos en la instrucción y en el enjuiciamiento. Aun cuando sólo han sido juzgados en esta pieza 21 personas, la investigación ha sido mucho más amplia y el propio motivo cifra en 264 personas las que han sido investigadas. Las declaraciones de investigados y testigos han sido múltiples, se han adoptado medidas cautelares, se han practicado periciales, los recursos han sido numerosos, como también los escritos de todo orden presentados por las partes. Por último, la envergadura del proceso originó que se nombraran magistrados de refuerzo en las fases previas al juicio para auxiliar a la magistrada titular.

23.3.- Ponderando todos los datos a que nos hemos referido con anterioridad estimamos improcedente apreciar la atenuante de dilaciones indebidas.



No han existido paralizaciones de relevancia. Hemos indagado los periodos de paralización señalados en el recurso y hemos podido comprobar que no se corresponden con la realidad. No han existido esas paralizaciones a salvo del tiempo dedicado por el tribunal de instancia para dictar sentencia que, como hemos argumentado, no es excesivo ni puede engrosar la categoría de "dilación indebida". Es, por el contrario, un plazo de tiempo razonable, dada la enorme complejidad del análisis, tanto fáctico como jurídico, que hubo de afrontar el tribunal para alumbrar su resolución.

El argumento de mayor potencia lo encontramos en la duración total del proceso que ha sido de 8 años. Ciertamente es un tiempo elevado pero en modo alguno desproporcionado o indebido.

En la STS 695/2021, de 15 de diciembre hemos dicho que "el tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, debe medirse en términos funcionales. Ha de evaluarse, a la luz del objeto del proceso, su correlación para el adecuado desarrollo de las actuaciones seguidas, a partir del número y necesidad de las diligencias practicadas, la conducta procesal de la parte y, sin duda, la propia regularidad en el impulso y la dirección procesal. De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria e indebida cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporalmente necesaria y diligente de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación, ocasionando un plus aflictivo a la persona sometida al proceso".

Y en este caso no se han producido disfunciones que permitan afirmar la existencia de dilaciones indebidas o injustificadas. El procedimiento es de proporciones difícilmente repetibles. El número de personas investigadas supera las 250, hasta el punto de que hay numerosas piezas separadas pendientes de enjuiciamiento; La documentación aportada y examinada es ingente; los informes, expedientes y cuestiones analizadas son de una complejidad notoria como lo evidencia el contenido de la sentencia de instancia y también de esta sentencia de casación; la gestión procesal también ha sido compleja, si se atiende al número de recursos, de escritos que han debido ser proveídos y de medidas cautelares y de todo orden adoptadas durante la tramitación; la duración del juicio es extraordinaria y el esfuerzo realizado para dictar finalmente la sentencia también.

En esas circunstancias una duración total de 8 años, sin la existencia de paralizaciones significativas, según hemos explicado con anterioridad, obliga a concluir que es razonable y se corresponde con la complejidad del proceso, sin que apreciemos que haya existido inacción o paralizaciones dignas de mención, ni tampoco una tramitación que pueda catalogarse de desordenada, premiosa o indolente."

23.4.- En el caso que nos ocupa, la causa presente comparte con aquella causa matriz sus características de extraordinaria complejidad fáctica y jurídica y tamaño o dimensión. Y aunque nos hallamos ante una pieza separada sobre las ayudas concedidas en relación a una empresa concreta (ACYCO) lo instruido en la causa principal era presupuesto necesario para la incoación y tramitación de la pieza separada, dado que las ayudas que aquí se concedieron y son enjuiciadas, se basan en el diseño presupuestario y administrador general que se articuló al efecto. Por ello, diligencias de instrucción practicadas y elementos probatorios de la causa matriz, se incorporaron a la pieza separada.

Y como se ha constatado la causa matriz no sufrió paralizaciones en la tramitación y su duración total fue proporcionada a su complejidad y tamaño. La presente pieza-causa fue instruida en el plazo de 1 año y el tiempo desde la incoación hasta el dictado de la sentencia fue 6 años y 3 meses. Es cierto, y así lo señala el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, que se aprecia una cierta ralentización -que no paralización- en la tramitación de la causa en la fase comprendida desde la recepción de las actuaciones por la Audiencia Provincial hasta el inicio de las sesiones del juicio oral. Aunque debe tenerse en cuenta la complejidad existente para la resolución de la admisión de pruebas y las dificultades de agenda para la celebración de un juicio que habría de desarrollarse a lo largo de cuatro meses.

Es cierto, también, que el transcurso de un año para dictar sentencia es prolongado, pero no excesivo, teniendo en cuenta la ya destacada complejidad del asunto y que las sesiones del juicio oral ocuparon cuatro meses.

Por lo expuesto, la decisión de la Audiencia de estimar la atenuante como simple y no como cualificada, resulta razonable, proporcionada y acertada.

23.5.- En efecto, tal como hemos indicado, los motivos ponen el acento principalmente en la duración total del proceso. Existen abundantes pronunciamientos de esta Sala que, efectivamente, sitúan la atenuante cualificada en duraciones totales del proceso de en torno a los 8-9 años (SSTS 752/2021, de 6 de octubre; 215/2020, de 22 de mayo; 87/2021, de 3 de febrero; o 68/2020, de enero). Así lo precisa la STS 68/2022, de 27 de enero, con cita de la STS 249/2015, de 5 de abril y otras:



"3. La apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada requiere que concurren retrasos en la tramitación de la causa de una intensidad extraordinaria y especial, esto es, que se trate de supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúen muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente, que sean super extraordinarias (STS 739/2011, de 14 de julio; 484/2012, de 12 de junio; 370/2016, de 28 de abril; 474/2016, de 2 de junio; 454/2017, de 21 de junio; o 220/2018, de 9 de mayo). El parámetro temporal barajado para sustentar su aplicación en este caso, si bien sirvió de base para apreciar la atenuante simple, no alcanza la magnitud que requiere su consideración como cualificada.

Como explicaba y compendia la STS 249/2015, de 5 de abril "en las sentencias de casación se suele aplicar la atenuante como muy cualificada en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista oral del juicio. Así, por ejemplo, se apreció la atenuante como muy cualificada en las sentencias 291/2003, de 3 de marzo (ocho años de duración del proceso); 655/2003 de 8 de mayo (9 años de tramitación); 506/2002 de 21 de marzo (9 años); 39/2007 de 15 de enero (10 años); 896/2008 de 12 de diciembre (15 años de duración); 132/2008 de 12 de febrero (16 años); 440/2012 de 25 de mayo (diez años); 805/2012 de 9 octubre (10 años); 37/2013 de 30 de enero (ocho años); y 360/2014, de 21 de abril (12 años)".

La STS 760/2015, de 3 de diciembre, estimó una atenuante de dilaciones muy cualificada en un supuesto de 13 años de duración del proceso, en el que la única actividad procesal relevante en los últimos cinco fue el nombramiento de Letrado a un responsable civil y la formulación de conclusiones provisionales por éste. Y la STS 668/2016, rechazó la cualificación en un procedimiento que se inició en el año 2010, en el que se dictó sentencia cinco años más tarde y que tuvo una paralización de un año y algunos meses. La STS 624/2016, de 13 de julio, no aceptó la cualificación en un supuesto de duración similar del proceso, por unos hechos ocurridos en febrero de 2010, en el que se celebró el juicio oral en marzo de 2015, con dos periodos de inactividad, nueve meses para calificar los hechos por la acusación pública, y ocho meses en acordar la apertura del juicio oral, que el Tribunal consideró dilación extraordinaria aunque no cualificada. Y la STS 739/2016, de 5 de octubre, rechazó la cualificación en relación a una causa que había invertido en su duración 5 años y diez meses."

Pero la duración total del proceso, siendo un dato significativo a estos efectos, no es por sí solo definitivo o suficiente. Es necesario ponerlo en relación con la complejidad de la causa. El tiempo de duración del proceso debe valorarse en términos "funcionales". Lo expresa con claridad, entre otras, la STS 443/2022, de 5 de mayo:

"Como se precisa en la norma, el tiempo de tramitación debe ponerse en relación con la complejidad de la causa y de ahí, medida la correlación funcional entre las actuaciones practicadas, las necesarias, el tiempo empleado para producirlas y la diligencia en su ejecución se puede obtener una suerte de cociente. Lo extraordinario de la dilación que reclama el tipo como fundamento de apreciación obliga a una evaluación integrada de todos los factores señalados. El tiempo total de duración del proceso es un dato significativo, pero no suficiente pues, insistimos, 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.

De tal modo, la duración de un proceso podrá calificarse de dilación extraordinaria cuando carezca de toda conexión razonable con las necesidades de producción temporalmente necesaria y diligente de los actos procesales, provocando un exceso manifiesto, ya sea por la injustificada inacción o paralización procesal, por la actividad procesal desordenada o carente de justificación teleológica o por incidencias procesales provocadas por errores de tramitación. Y siempre y cuando, además, ninguno de estos factores pueda ser imputado a la conducta procesal de la parte que sufre el transcurso excesivo del tiempo."

23.6.- Por otro lado, conviene recordar que la cualificación de la atenuante requiere de un plus respecto de una dilación que, ya de inicio y como simple, debe ser extraordinaria. No cualquier retardo o ralentización es merecedora de la atenuación ni siquiera como simple. El propio art. 21.6 nos habla de dilación "extraordinaria e indebida". La doctrina de esta Sala insiste en la excepcionalidad y exigencia que requiere su cualificación. Así se requiere de una paralización o demora "superior a la extraordinaria" o "manifiestamente desmesurada" (por todas, STS 171/2020, de 19 de mayo).

Con arreglo a estos parámetros, no han quedado desbordados los contornos propios a la atenuante de dilaciones, que solo podrá operar como simple, al no haber alcanzado la injustificada demora entidad o envergadura suficientes para justificar la cualificación que se pretende. Solo a partir de tal cualificación sería factible la graduación que el recurrente postula, reservada, como hemos dicho, para supuestos de extrema y excepcional intensidad. Otra cosa nos avocaría a un desajuste del sistema de penas previsto en el CP para los distintos tipos. "una cosa es adaptar pena por una demora excesiva en la tramitación del procedimiento,



y otra muy distinta desactivar los tipos penales por dilaciones procesales que no resultan verdaderamente superextraordinarias" (SSTS 668/2016, de 21-7; 355/2018, de 18-7).

IV) MOTIVOS RELACIONADOS CON LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

VIGÉSIMO CUARTO.- Motivo cuarto recurso "DCOOP" (entidad absorbente de "ACYCO").

Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim , por aplicación indebida del art. 120.4 CP . Denuncia la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de DCOOP (antes ACYCO) respecto a las cantidades que en tal concepto se exigen a los acusados condenados Patricia y Inocencio por su condición de cooperadores necesarios del delito de malversación.

Argumenta la recurrente que ambos acusados se situaron "absolutamente" fuera de su cometido, con total ajeneidad en el desempeño de sus obligaciones o servicios puestos a su cargo y eludiendo con plena consciencia la totalidad de sus controles, cautelas, vigilancia de DCYCO, poniendo en marcha una operativa que específicamente tenía por objeto burlar los medios de control establecidos por la recurrente, situándose por ello, aquellos condenados, de manera consciente y voluntaria, totalmente al margen de la relación que les ligaba con ACYCO, actuando de manera conscientemente clandestina. Y para intentar subrayar esa pretendida "clandestinidad" se reproducen unos pasajes de la sentencia referidos al concreto episodio de la subvención excepcional vinculada a la factura de Garrigues, donde efectivamente se dice que la solicitud de subvención se hizo a espaldas de ACYCO y sin informar a su Consejo de Administración.

24.1.- La sentencia de instancia justifica en un único apartado la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de DCOOP, con base en el art. 120.4 CP. Así, en el fundamento de derecho décimo sexto sostiene que:

"Nos encontramos ante una responsabilidad civil exdelicto exigible de conformidad con lo dispuesto en el art. 120.4 del Código Penal, derivada de la actuación de los acusado, entre ellos, la presidenta del consejo de administración de ACYCO y el responsable de recursos humanos, quienes además de obtener unas subvenciones de forma ilegal que favorecieron a los trabajadores afectados por el ERE, consiguieron un beneficio para la sociedad al quedar liberada de sus obligaciones indemnizatorias para con los empleados despedidos, así como del pago de los honorarios del despacho profesional que les sirvió de asesoramiento, además de favorecer a otras personas que colaboraron en la malversación de caudales públicos ejecutada con la connivencia e intervención de dichos acusados. Debemos tener en cuenta que aunque la solicitud y obtención de la subvención excepcional de 24 de marzo de 2010 se realizó a espaldas de ACYCO, aunque sí con la intervención activa de Patricia y Inocencio , su destino fue pagar una obligación de dicha sociedad, cuál fue el pago de unos honorarios por el asesoramiento recibido de Garrigues, responsabilidad que, además, ha reconocido DCOOP al devolver a la Junta de Andalucía la subvención recibida".

En similar sentido SSTS 260/2017, de 6-4; 526/2018, de 5-11; 298/2019, de 19-7; 670/2020, de 10-12; 700/2020, de 16-12; 918/2022, de 24-5, que sintetizan la doctrina de este Tribunal, interpretando el art. 120.4 CP, en el sentido de que "...debe descartarse una interpretación estricta del precepto, de tal manera que cualquier extralimitación o desobediencia del empleado pueda considerarse que rompe la conexión con el empresario.

Son muy frecuentes las resoluciones jurisprudenciales que contemplan casos en los que la actuación del condenado penal se ha producido excediéndose de los mandatos expresos o tácitos del titular de la empresa acusada como responsable civil subsidiaria. Y esto es así porque el requisito exigido para la aplicación del art. 120.4º, nada tiene que ser con el apartamiento o no del obrar del acusado respecto de lo ordenado por su principal. La condición exigida es que el acusado ha de haber actuado con cierta dependencia en relación con la empresa, dependencia que no se rompe con tales extralimitaciones" (STS. 47/2006, de 26.1).

Pero también debe excluirse -prosigue diciendo la sentencia 260/2017- que el empresario responda de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan alguna relación con su trabajo.

Relación que según los casos habría que atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa); temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con el informe de la empresa); o final.

Por ello, tratándose de una responsabilidad objetiva, en clara línea aperturista, habrá que analizar especialmente si la organización de los medios personales y materiales de la empresa tiene o no alguna influencia sobre el hecho delictivo, si lo favorece. Según la doctrina de esta Sala, para que proceda declarar la responsabilidad subsidiaria en el caso del art. 120.4º CP es preciso, de un lado, que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se encuentre bajo su dependencia onerosa o gratuita, duradera o puramente circunstancial y esporádica, de su principal, o al menos que la tarea, actividad, misión, servicio o función que



realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas en el seno de la actividad o cometido confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de aplicación.

Estos requisitos, dada la naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad civil, admite una interpretación extensiva que no aparece limitada por los principios "in dubio pro reo" ni por la presunción de inocencia propias de las normas sancionadoras, admitiéndose que en la configuración del primer requisito -la dependencia- se integran situaciones de amistad, liberalidad, aquiescencia o beneplácito-, y en el segundo -la funcionalidad- se inserta la potencial utilización del acto para la empresa, organismo a cuyo servicio se encontrara el dependiente. Se incluyen las extralimitaciones en el servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad civil cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario (SSTS. 89/2007, de 9.2; y 51/2008, de 6.2). Aun más, como precisa la STS. 28 de mayo de 2014, es obvio que debe existir una extralimitación en el ejercicio de las funciones encomendadas, pero ello no excluye la responsabilidad subsidiaria, pues el ejercicio normal de las obligaciones o servicios encomendados a los dependientes de una empresa no incluye ordinariamente la realización de acciones delictivas, por lo que, como señala entre otras muchas la STS 1557/2002, extralimitaciones siempre hay cuando se cometen acciones penales.

Lo relevante -señala la STS 260/2017- es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando).

Por ello, la interpretación de aquellos requisitos debe efectuarse con amplitud, apoyándose la fundamentación de tal responsabilidad civil subsidiaria no solo "en los pilares tradicionales de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando", sino también y sobre todo en la teoría del riesgo, conforme al principio *qui sentire commodum, debet sentire incommodum* " (Sentencias 525/2005, de 27.4; y 948/2005, de 19.7); de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados.

La STS 1987/2000, de 14 de julio, admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el autor del delito no produce ningún beneficio en su principal, "bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma", lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo antes mencionada (STS. 47/2007, de 26-1)".

En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 239/2010 de 24 Mar. 2010, Rec. 705/2009 se añade que:

"La jurisprudencia de esta Sala a propósito de esta responsabilidad, por ejemplo STS. 1096/2003, señala que su razón de ser se encuentra en el principio de derecho según el cual quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro debe soportar también los daños ocasionados por el mismo (principio "*cuius commoda, eius est incommoda*"), subrayando la evolución de dicho fundamento desde la culpa "in vigilando" o "in eligendo" hasta una suerte de responsabilidad objetiva, siempre que concurren los siguientes elementos:

a) existencia de una relación de dependencia entre el autor del ilícito penal y el principal, ya sea persona jurídica o física, bajo cuya dependencia se encuentre, sin que sea preciso que la misma tenga carácter jurídico, sea retribuida o permanente, bastando que la actividad así desarrollada cuente con la anuencia o conformidad del principal, sin que por tanto la dependencia se identifique con la jerárquica u orgánica siendo suficiente la meramente funcional; y

b) que el delito que genera la responsabilidad se haya inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal, de las funciones así desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación (S.S.T.S., entre muchas, 2422/01 o 1033 y 1185/02)".

24.2.- En el caso presente, los acusados Patricia y Inocencio desarrollaron toda su actividad, como Presidenta del Consejo de Administración y Director de Recursos Humanos de ACYCO, aun cuando la primera también obtuvo un beneficio exclusivamente personal por su inclusión como beneficiaria de las pólizas NUM000 y NUM012 . Y, además, y así lo subraya la sentencia recurrida en varias ocasiones, la propia empresa resulta directamente beneficiaria de la conducta defraudatoria.

En el caso de la subvención excepcional, no se informa al Consejo de Administración, pero con tal subvención se obtienen indebidamente fondos públicos para sufragar el coste del asesoramiento que el despacho



Garrigues prestó a ACYCO, que esta última, y no la Administración debía afrontar. La subvención se concede en favor de ACYCO.

En definitiva, por cuenta y representación de ACYCO se solicita el ERE, se gestiona la obtención de las ayudas socio-laborales, se suscriben los Convenios y Protocolos para la suscripción de las Pólizas, y se solicita la subvención, resultando beneficiada, además de la acusada Patricia, la propia empresa ACYCO.

VIGÉSIMO QUINTO.- Los motivos primero y segundo del recurso de "DCOOP" (entidad absorbente de "ACYCO"). Motivo sexto del recurso de Inocencio. Motivo séptimo del recurso de Modesto. Motivo tercero del recurso de Garrigues Abogados.

(Motivos que cuestionan que las cuantías de la responsabilidad civil fijadas en la sentencia sean superiores a la solicitada por la Junta de Andalucía. Se discute la legitimación del Ministerio Fiscal para solicitar cuantías que exceden de las pretendidas por la propia Junta de Andalucía).

Se cuestiona por los recurrentes fundamentalmente por la vía de infracción de ley del art. 849.1 LECrim (la representación procesal de DCOOP-ACYCO también por el art. 852 LECrim) la cuantía del pronunciamiento de la responsabilidad civil fijada en la sentencia, en concreto que la cuantía abarque la totalidad de pagos a cargo de la Junta de Andalucía de las pólizas de seguros que se concertaron. Según los recurrentes, la responsabilidad civil debía quedar circunscrita, no a la totalidad de los pagos, sino, exclusivamente, a los que se corresponden con los beneficiarios denominados "intrusos" (personas que no mantuvieron relación laboral con ACYCO) y con Patricia. No era procedente, por tanto, incluir en la responsabilidad civil los pagos en favor de los beneficiarios que sí eran trabajadores de ACYCO afectados por el ERE.

A tal efecto, los motivos, de manera coincidente, invocan una infracción de los arts. 109 a 115 CP y arts. 108 a 110 LECrim que disciplinan en sus aspectos materiales y procesales, respectivamente, la responsabilidad civil por delito. En los motivos del recurso formalizado por GARRIGUES ASOCIADOS, se añade, además, una pretendida infracción de los arts. 1089 y 1902 CC y se imputa a la Junta de Andalucía un obrar contrario a la buena fe (art. 7 CC) al no mitigar el daño causado.

Se observa una línea argumentativa común en todos los motivos. La Junta de Andalucía, personada en el procedimiento como acusación particular en su condición de Administración directamente perjudicada por los hechos, únicamente solicitó indemnización por las cantidades correspondientes a los pagos de las pólizas cuyos beneficiarios eran los dos intrusos (Ezequiel, 120.201,83 euros, y Eusebio, 104.885,01 euros) y Patricia (261.046,09 euros y 10.937,35 euros), así como al IVA (33.600 euros) de la factura formalmente emitida por la "Asociación 3 de Julio". Sin embargo, la sentencia fija unas indemnizaciones por responsabilidad civil mucho mayores acogiendo, así, la petición del Ministerio Fiscal que incluyó el coste total de las primas cuyos beneficiarios eran tanto los "intrusos" como los trabajadores de ACYCO. Los recurrentes sostienen que, hallándonos en el ámbito propio de la responsabilidad civil donde rigen los principios dispositivo y de rogación, el Ministerio Fiscal carece de legitimación para solicitar una indemnización en cuantía superior a la reclamada por el perjudicado, en este caso, la Junta de Andalucía.

25.1.- Conviene comenzar la impugnación reproduciendo la regulación que sobre esta cuestión se contiene en los arts. 106, 108, 110 y 112 LECrim.

Art. 106: "La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan."

Art. 108: "La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables."

Art. 110: "Las personas perjudicadas por un delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones. Si se personasen una vez transcurrido el término para formular escrito de acusación podrán ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas.

Aun cuando las personas perjudicadas no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante."



Art. 112: "Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.

No obstante, aun cuando se hubiera previamente renunciado a la acción civil, si las consecuencias del delito son más graves de las que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia pudo estar condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito, se podrá revocar la renuncia al ejercicio de la acción civil por resolución judicial, a solicitud de la persona dañada o perjudicada y oídas las partes, siempre y cuando se formule antes del trámite de calificación del delito.

Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal."

En el mismo sentido se pronuncia el art. 773.1 LECrim en el ámbito del procedimiento abreviado.

Art. 773.1: "El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley".

Resulta una obviedad, el Ministerio Fiscal, aun con perjudicado personado en la causa ejercitando las acciones civiles y penales, se halla legitimado para el ejercicio de la acción civil dimanante del delito. Tanto el Ministerio Fiscal como el perjudicado están legitimados para el ejercicio de la acción civil. La dicción de estos preceptos resulta clara al respecto. Y no solo es que esté legitimado o facultado, sino que constituye una obligación legal para el Ministerio Fiscal tal ejercicio de la acción civil, incluso, de forma simultánea con la que pueda ejercitar el perjudicado. El hecho de que el perjudicado ejerza en el proceso penal la acción civil, no dispensa al Ministerio Fiscal de hacerlo, pues está legalmente obligado a ello.

Incluso en el ámbito de la regulación estatutaria se proclama tal obligación y el ejercicio de la acción civil por delito es una de las funciones que la ley expresamente encomienda al Ministerio Fiscal. Así se desprende de lo dispuesto el art. 3.4 de la Ley 50/1081, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Art. 3.4. "Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: 4. Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos, sin perjuicio de la competencia de la Fiscalía Europea para ejercer la acción penal y solicitar la apertura de juicio oral por los delitos contra los intereses financieros de la Unión que asuma de acuerdo con su normativa, u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda".

25.2.- La STS 163/2019, de 26-3 (caso Playa Teresitas) ante una petición de responsabilidad civil por parte del Ministerio Fiscal, mayor que la formulada por la Administración, recordó que:

"21.- El Ministerio Fiscal está legitimado para reclamar la responsabilidad civil dimanante del delito y lo mismo el perjudicado el Ayuntamiento, ya que el ejercicio de la acción civil corresponde exclusivamente al titular de la misma, en este caso, el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife (art. 109 LECrim ; art. 108 LECrim); y al Ministerio Fiscal (arts. 105 y 108 LECrim ; art. 3.4 EOMF). El Estatuto del Ministerio Fiscal concreta cómo dicho órgano da cumplimiento a las "misiones establecidas en el art. 1" y, para lo que aquí interesa, el art. 3.4 EOMF establece que, entre otras actividades, corresponde al Ministerio Público "ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda", e "intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos". Se encomienda al Ministerio Fiscal no sólo el ejercicio de la acción penal, sino también el de la civil derivada del hecho punible (art. 108 LECrim . para el procedimiento ordinario y art. 773.1 LECrim , para el abreviado). Esta última actuación es siempre preceptiva, salvo que exista renuncia expresa del ofendido por el delito (art. 108 LECrim). Habría que equiparar, a efectos de impedir el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, la renuncia a dicha acción con su reserva para un proceso civil posterior (argumento ex art. 112 LECrim .). Ahora bien, incluso cuando el ofendido decide actuar la pretensión civil en el propio proceso penal, se mantiene la obligación del Ministerio Fiscal de ejercitar a su vez la acción civil. No obstante, la renuncia debe ser expresa, y también la reserva del ejercicio de acciones, lo que tampoco consta. El Ministerio Fiscal reclamó que se condenara a los acusados a indemnizar al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife con 39.486.395,26 €, por el sobreprecio pagado por los terrenos y 9.159.884,67 € como cantidad en que se valoran los aprovechamientos urbanísticos transferidos. El Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife reclamó por solamente uno de los anteriores conceptos, el precio pagado por la compra de los terrenos, que vincula a la actuación criminal de los acusados, y solicita su condena (junto con la de Inversiones Las Teresitas, S.L., Promotora Punta Larga, S.A. y Promotora La Victoria, S.L.). La condena final y el fundamento de la reclamación, en consecuencia, se encuentra en los arts. 1305 p II y 1303 CC, por lo que se condenó solidariamente a Agustín , Benito , Andrés , Borja , Avelino e Argimiro , conforme a



la solicitud del actor civil, al pago de las siguientes cantidades: la cantidad de 52.588.156,85 € correspondiente al precio pagado por las parcelas del frente de playa e intereses, y ha resultado probado que el Convenio de 18 de septiembre de 2001 incluía también una transferencia de aprovechamientos públicos a la parte privada valorados en 9.159.884,67 €; y que esta transferencia se realizó sin contraprestación alguna y, por tanto, en perjuicio del patrimonio público. El Tribunal aceptó, en consecuencia, como solicitó el Ministerio Fiscal en la segunda parte de su reclamación civil, condenar solidariamente a Agustín , Benito , Argimiro , Avelino , Andrés y Borja a indemnizar al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife en la cantidad de 9.159.884,67 € correspondientes al valor de los aprovechamientos urbanísticos públicos transferidos sin causa a favor de Inversiones Las Teresitas, S.L. y, en consecuencia, a favor de los acusados Argimiro y Avelino . Esta condena no se extendió a las entidades Inversiones Las Teresitas, S.L., Promotora Punta Larga, S.A. o Promotora La Victoria, S.L."

En similar sentido la STS 311/2019, en un supuesto en que la Administración perjudicada había solicitado el sobreseimiento y no ejerció acción civil que, por el contrario, sí articuló el Ministerio Fiscal, se pronunció en los siguientes términos:

"1. En la sentencia impugnada, el Tribunal razona que la Comunidad Autónoma pagó al Sr. Remigio 1.200.000 euros sin recibir nada a cambio, pues solo se transmitió una idea de la que ni siquiera se obtenía la propiedad intelectual. Efectivamente, de la sentencia se desprende que la Comunidad Autónoma sufragó con ese importe los intereses electorales del recurrente, sin que adquiriera la propiedad intelectual del anteproyecto, que se mantenía en poder del Sr. Remigio según las cláusulas del contrato firmado con el mismo. Los perjuicios derivados de la comisión de un delito de prevaricación pueden identificarse con los efectos del acto nulo. Aunque ordinariamente sea suficiente con la declaración de nulidad, privando de efectos al acto prevaricador, puede haber ocasiones en que tal nulidad no es posible, o, puede suceder que no todos los perjuicios se reparen con aquella declaración. En el caso, al no ser posible la declaración de nulidad, tal como se argumenta en la sentencia impugnada, debe acudir a la indemnización para evitar que sea la Administración Pública y, en definitiva, la ciudadanía, quien sufra las consecuencias de una resolución que se ha calificado como prevaricadora. 2. En cuanto a la posición procesal de la Comunidad Autónoma, el hecho de solicitar el sobreseimiento no implica necesariamente la renuncia a la acción civil, si no media una declaración expresa y lo suficientemente clara, mediante la que se comunique al órgano jurisdiccional la renuncia o la reserva de las acciones civiles, lo cual debe realizarse de forma expresa y terminante (STS nº 908/2014, de 30 de diciembre , y STS nº 1045/2005, de 29 de setiembre , entre otras). Aunque se entendiera que la Comunidad Autónoma había renunciado al ejercicio de acciones penales, ello no supondría la renuncia a la indemnización que pudiera corresponderle. El razonamiento del recurrente, al sostener que, si se solicita el sobreseimiento porque se entiende que no hay delito, no es posible reclamar indemnización por tal delito, no es correcto. Pues lo que origina la responsabilidad civil es un hecho, que la acusación particular pueden entender que no es delictivo, aunque así lo entienda el Ministerio Fiscal. Si se considera que es constitutivo de delito y no se ha renunciado a la acción civil, esta se ejercitará al mismo tiempo que la penal por el Ministerio Fiscal. Por lo tanto, aunque la acusación haya solicitado el sobreseimiento, ello no excluye la posibilidad de presentar escrito de acusación (artículo 783.1 LECrim), ni supone una renuncia a la indemnización que, en su caso, pudiera corresponderle."

En la misma dirección la STS 670/2020, de 10-12, con cita de la s. 109/2020, de 11-3, señaló que:

"Como ya expusimos en la sentencia de esta Sala 63/2019 de 26 Mar. 2019, Rec. 2263/2017 "Para que sea operativa una renuncia de indemnización debe ser esta expresa, no tácita. Solo la renuncia expresa del perjudicado veta al Fiscal para reclamar una responsabilidad civil y en este caso, esto no se ha producido".

Señala en este punto esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1126/2006 de 15 Nov. 2006, Rec. 10241/2006 que:

"Una cosa es que la ausencia de personación del perjudicado en la causa penal no suponga que renuncia a la indemnización e, incluso, que la renuncia se haya de efectuar de forma expresa y terminante, como establece el artículo 110 del texto legal, y otra bien distinta y determinante que, en cualquier caso, deba existir siempre una pretensión formulada por perjudicado o Fiscal, para poder ofrecer al Tribunal la posibilidad de pronunciarse".

Señala, también, esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 252/2017 de 6 Abr. 2017, Rec. 1382/2016 que:

"Olvida que, si bien aquellos principios imponen no dar más de lo que ha sido pedido, en este caso se reconoce que no se dio más de lo pedido por el Ministerio Fiscal. De ahí que la cuestión a debatir sea la de la legitimación del Ministerio Fiscal para formular tal pretensión indemnizatoria. Al respecto debemos señalar que el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al Ministerio Fiscal a entablar, juntamente con la penal, la acción civil y ello con independencia de que "haya o no en el proceso acusador particular".



La única excepción prevista es la de que el "ofendido renunciare expresamente su derecho". Es evidente que el mayor o menor acierto de ese ofendido actuando en el proceso, no supone renuncia expresa a ser indemnizado en ninguna medida. Ni en la cuantía ni en las personas que deban indemnizarle.

No cabe admitir que se vulnera el derecho de defensa al incluir a esos ofendidos entre los que deben ser indemnizados. Ejercitada la acción civil por el Ministerio Fiscal ninguna otra defensa sería concebible por el mero hecho de que el número de los que formulan esa misma petición sea mayor".

Hay que recordar que el Artículo 108 LECRIM señala que: "La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables. Y el artículo 112 LECRIM señala que: Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar".

Recordemos, como señala la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 1125/2011 de 2 Nov. 2011, Rec. 972/2011 que "la acción civil es contingente tanto en un sentido sustancial como procesal. Substancialmente porque, como es sabido, no todos los ilícitos penales producen un perjuicio evaluable económicamente a persona o personas determinadas. Procesalmente, porque el ejercicio de la acción civil en el proceso penal puede resultar exceptuado bien por la renuncia de su titular, bien por la reserva de las acciones correspondientes para ejercitarlas ante la jurisdicción civil".

Pero es solo la renuncia del perjudicado la que extingue la acción civil, que, desde ese momento, no podían ya ser ejercidas en su nombre por el Ministerio Fiscal (STS 13/2009 de 20-1).

Por ello, y pese al alegato del recurrente de que no puede operar la expresa renuncia del perjudicado, como incide la sentencia antes citada, la renuncia al ejercicio de la acción civil en el proceso penal debe observar las exigencias marcadas por la Ley Procesal penal, en concreto por el art. 108, que requiere que el ofendido renuncie "expresamente" a su derecho de restitución, reparación o indemnización, insistiendo en el art. 110 en que es menester de este derecho se haga en su caso de una manera "expresa y terminante", lo que no acontece en el presente caso por una mera referencia al concepto concreto que reclama."

Y en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 507/2020 de 14 Oct. 2020, Rec. 10575/2018 se recoge que:

"Por lo que respecta a las acciones civiles, cualquiera que sea la naturaleza del delito del que procedan, la renuncia del ofendido extingue las mismas que, desde ese momento, no podrán ser ya ejercidas en su nombre por el Ministerio Fiscal (STS. 13/2009 de 20.1). La renuncia por el perjudicado a esta clase de acciones tendrá los mismos límites que aparecen impuestos por el ordenamiento privado (perjuicio de terceros, orden público) art. 62. C.Civil (STS. 29/2007 de 15.1).

En definitiva -como precisa la STS. 1045/2005 de 29.9- debe significarse que así como la acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia del perjudicado, sí se extinguen como consecuencia de la renuncia a las acciones civiles cualquiera que sea el delito o falta de que proceden (art. 106.1 L.E.Cr.).

Del mismo modo, el art. 109.2º C.P. contempla la posibilidad de la renuncia al ejercicio de la acción civil "ex delicto" en el curso del proceso penal, en armonía con el criterio doctrinal de que, aun ejercitada dentro del proceso penal, la pretensión civil no pierde su naturaleza y se rige por los principios propios de esta rama procesal, entre los que se encuentra el dispositivo y los que son consecuencia del mismo, como el de renunciabilidad que establecen los artículos 106 y siguientes L.E.Cr. y el de reserva para ejercitarla en un procedimiento civil una vez concluido el de naturaleza penal, que previene el art. 112 L.E.Cr.

Ahora bien, la renuncia al ejercicio de la acción civil en el proceso penal debe observar las exigencias marcadas por la Ley Procesal penal, en concreto por el art. 108, que requiere que el ofendido renuncie "expresamente" a su derecho de restitución, reparación o indemnización, insistiendo el art. 110 en que es menester que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera "expresa y terminante", lo que no acontece en casos de no ratificación judicial de renunciaciones en sede policial e incomparecencia al acto del juicio oral no puede equivaler necesaria y automáticamente a la renuncia al ejercicio de la acción civil, renuncia que debe ser expresa y terminante (STS. 1045/2005 de 29.9). Por ello los actos de renuncia deben entenderse de un modo absolutamente restrictivo.

En definitiva, para que sea operativa una renuncia de indemnización debe ser expresa, no tácita. Solo la renuncia expresa del perjudicado veta al Fiscal para reclamar una responsabilidad civil y en este caso, no se ha producido (STS 163/2019, de 26 de marzo)."



25.3.- En el caso que nos ocupa -como precisa el Ministerio Fiscal en su escrito impugnando los motivos- debemos tener presente que no nos encontramos ante intereses de particulares. No se trata de un patrimonio o de bienes jurídicos titularidad de particulares. Están concernidos fondos públicos y el correcto funcionamiento de la Administración con sujeción a la ley y al interés general. Este es el sentido de la referencia, nada "extravagante" -como se califica en algún motivo- que se hace en la sentencia recurrida (F.D. décimo sexto) a la sentencia del Tribunal Supremo en el conocido "caso Noos". Y por ello, debemos asumir las consideraciones de la Audiencia Provincial:

"Hemos estimado la petición del Mº Fiscal, no obstante ser superior la indemnización solicitada a favor de la Junta de Andalucía que la interesada por la Letrada que la ha representado en el juicio, siguiendo el criterio de mantenido en la sentencia de TS de fecha 8 de junio de 2018 (caso Noos), de la que podemos extraer que la conclusión a la que hemos llegado encuentra apoyo jurisprudencial, tanto en el hecho de estar en presencia de infracciones que tutelan intereses sociales, colectivos y difusos, como ante un interés general que ha resultado claramente menoscabado con las conductas enjuiciadas; interés cuya defensa corresponde al Ministerio Fiscal.

Si bien los argumentos utilizados en dicha sentencia sirvieron para justificar la legitimación de la acusación popular en los casos en que la acusación particular y el Ministerio Fiscal se apartan del procedimiento, tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo distinguen entre aquellos delitos en que se pueden identificar perjudicados concretos, y aquellos casos en los que los bienes jurídicos tutelados se encuentran ligados al funcionamiento transparente, objetivo, neutral e imparcial de la Administración Pública; considerándose que la titularidad de esos bienes jurídicos es social, esto es, de todo el colectivo de la ciudadanía.

Se ha de ponderar la petición del Ministerio Fiscal, partiendo de su consideración como órgano imparcial que tiene constitucionalmente atribuida la misión e hacer valer ante los Tribunales la legalidad y el interés general y, como consecuencia de ello y entre otras muchas funciones, enarbolar la pretensión acusatoria en el proceso penal; también, por supuesto, en lo afectante a la responsabilidad civil derivada del delito en la cuantía que estime adecuada en atención a las circunstancias concurrentes. En este punto, resulta acogible su pretensión indemnizatoria, al enlazarse la misión antes indicada con el titular concreto del bien jurídico tutelado por el delito, tratándose, en este caso, del conjunto de la sociedad en cuanto que perjudicada por el ilícito proceder de los acusados, destacando, asimismo, el hecho de que la concreta cuantía interesada por el Ministerio Fiscal se corresponde con la suma que, entiende, se ha cifrado la defraudación.

25.4.- En casos como el que nos ocupa, se tutelan intereses sociales que no radican en nadie en particular, sino que son difusos, colectivos, de forma que no puede señalarse un concreto perjudicado diferente al genérico cuerpo social, no agotándose en la petición de la Junta de Andalucía el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico.

El interés de la población no puede quedar condicionado a los criterios más o menos acertados o incluso partidistas de las personas que en cada momento integran las instituciones o entidades públicas, como en este caso la Junta de Andalucía.

- Por último, no resulta ocioso destacar que en el caso analizado, la Junta de Andalucía no solo no renunció expresamente a la indemnización solicitada a su favor por el Ministerio Fiscal, sino que al darle traslado a su representación procesal de los recursos de casación interpuestos, impugnó expresamente los que cuestionaban la cuantía de la indemnización concedida en base a la petición del Ministerio Fiscal, considerando evidente la legitimación de este último.

VIGÉSIMO SEXTO.- Motivo primero Garrigues Asociados.

Al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley en la condena por responsabilidad civil subsidiaria, habiéndose incurrido en una indebida aplicación de los arts. 109, 115 y 116 CP, así como de los arts. 1089 y 1092 C.Civil, al establecer una indemnización por el abono de las ayudas sociolaborales, pese a que, con posterioridad a la comisión del delito, y respecto a la mayor parte de las ayudas sociolaborales (las correspondientes a los denominados "no intrusos"), la Junta de Andalucía decidió mantenerlas, no existiendo, en consecuencia, daño civil resarcible, incurriendo, por ello, la sentencia, en una interpretación arbitraria y extravagante de la legalidad, toda vez que se ha condenado a indemnizar por un perjuicio económico inexistente.

Referida afirmación la basa el recurrente en los actos de la Junta de Andalucía posteriores a la comisión del delito. Así, se remite al "Informe de actuaciones desarrolladas por la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía sobre la gestión del Programa de ayudas sociolaborales en el periodo 2001-2012", donde se comprueba que la Junta no procedió a revisar de oficio y anular las pretensiones y pagos en favor de los "no intrusos", y que por resolución de 13-5-2011 se acordó levantar la suspensión temporal de los pagos relativos



a estas pólizas y ordenar realizar los trámites administrativos y presupuestos necesarios para refinar las pólizas de estos beneficiarios.

Insiste en la discrepancia entre la petición de la responsabilidad civil que formuló la Junta de Andalucía y la del Ministerio Fiscal, afirmando que la de este último se basaba en la errónea asunción -aceptada en la sentencia de que la totalidad de las ayudas socio-laborales había generado un daño civil resarcible.

26.1.- Como se ha razonado en el apartado anterior, el planteamiento erróneo no fue el del Ministerio Fiscal, sino el de la Junta de Andalucía, como acusador particular. Esta formuló una acusación situando el ilícito en la malversación, exclusivamente en los pagos de las pólizas de los "intrusos" y solicitó una responsabilidad civil acorde con la misma. Pero este planteamiento acusatorio fue desautorizado, en consonancia con lo establecido en la STS 749/2022, correspondiente a la pieza del procedimiento específico, que aceptó la tesis acusatoria del Ministerio Fiscal y la petición de responsabilidad civil derivada de ella. Y fue desautorizada la acusación de la Junta de Andalucía, que no reservó ni renunció a la superior cuantía indemnizatoria solicitada por el Ministerio Fiscal.

A partir de ahí el recurrente, tal como destaca el Ministerio Fiscal al impugnar el motivo, propone un debate de carácter administrativo y pone el acento en las actuaciones administrativas que, ello es importante, se producen, por un lado, después de la comisión de los delitos y, por otro, antes de que los Tribunales penales (Sección 3ª Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó la sentencia en el procedimiento específico, que dio lugar a la STS 749/2022) fijaran los contornos jurídicos de las conductas de prevaricación y malversación.

Refiere, además, el recurrente, hechos que no tienen reflejo en el factum, cuando es constante la jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 83/2022, de 27-1, en el sentido de que 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 el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. 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. De tal manera, que la falta de respeto a los hechos probados o la realización de alegaciones jurídicas contrarias o incongruentes con aquellos, determina la inadmisión del motivo, -y correspondientemente su desestimación- conforme lo previsto en el art. 884.3 LECr (STS 421/2018, de 20 de septiembre).

El artículo 849.1 de la LECrim fija como motivo de casación "Cuando dados los hechos que se declaran probados (...) se hubiera infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal". Se trata por tanto, como tiene pacíficamente establecido la jurisprudencia más estable del Tribunal Supremo, de un motivo por el que sólo se plantean y discuten problemas relativos a la aplicación de la norma jurídica, lo que exige ineludiblemente partir de unos hechos concretos y estables, que deberán ser los sometidos a reevaluación judicial. Es un cauce de impugnación que sirve para plantear discrepancias de naturaleza penal sustantiva, buscándose corregir o mejorar el enfoque jurídico dado en la sentencia recurrida a unos hechos ya definidos. El motivo exige así el más absoluto respeto del relato fáctico declarado probado u obliga a pretender previamente su modificación por la vía de los artículos 849.2 LECrim (error en la apreciación de la prueba) o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, del artículo 852 de la ley procesal, pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable (STS 511/2018, de 26 de octubre).

El motivo por infracción de Ley del artículo. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la vía adecuada para discutir ante este Tribunal si el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente la Ley. Pero siempre partiendo del relato fáctico que contiene la sentencia, sin alterar, suprimir o añadir los hechos declarados probados por el Tribunal de instancia.

Señala la sentencia 628/2017, de 21 de septiembre, que este precepto, que autoriza la denuncia del error de derecho en la aplicación de una norma penal de carácter sustantivo, impone como presupuesto metodológico la aceptación del hecho probado, hasta el punto que el razonamiento mediante el que se expresa el desacuerdo con la decisión del Tribunal no puede ser construido apartándose del juicio histórico. De lo contrario, se incurre en la causa de inadmisión -ahora desestimación- de los arts. 884.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



26.2.- Por ello lo procedente aquí es analizar la corrección o no del pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil en función de los hechos probados, la calificación jurídico-penal establecida en la sentencia y la participación que se atribuye a cada acusado condenado.

En el caso presente, el motivo parte de un presupuesto que no debe ser compartido. Se sostiene que sin "anulación" de los expedientes y resoluciones administrativas que dieron lugar a la malversación, no procede la "devolución" de los importes malversados. Se está concibiendo una especie de cuestión prejudicial de carácter administrativo en sede penal que no tiene cabida en nuestro ordenamiento procesal, tal y como se desprende de lo dispuesto en el art. 3 LECrim y art. 10 LOPJ.

Aquí, el título u origen de la responsabilidad civil no deriva de una declaración de nulidad de los actos administrativos, sino de la comisión de un delito y lo dispuesto en los arts. 1089 y 1092 CC y 109 y ss CP. Se declara la existencia de un delito, malversación, del que deriva una disposición injustificada e ilegal de fondos públicos que genera un incuestionable perjuicio para la Administración y, por ende, para todos los administrados, que es civilmente resarcible. Y la declaración de ese carácter delictivo corresponde a la jurisdicción penal y no se encuentra condicionada por la circunstancia de que con posterioridad a los hechos la Administración proceda o no a realizar una revisión de oficio de los actos administrativos. Y es que los actos de las Administraciones Públicas que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta son nulos de pleno derecho, tal como dispone el art. 47.1.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y art. 62.1.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y no meramente anulables y susceptibles de convalidación (arts. 52 Ley 39/2015 y 67 Ley 30/1992). Y así, siendo la nulidad de pleno derecho una cuestión de orden público cabe la revisión de oficio por la Administración Pública o la acción de nulidad por el interesado en cualquier momento y sin sujeción a plazo (art. 106 Ley 39/2015).

A mayor abundamiento, se advierte una clara incongruencia en la alegación cuando reparamos en la cronología o sucesión temporal de hechos. Las actuaciones administrativas en que se basa el recurrente, señaladamente, la resolución de 13 de mayo de 2011, se han producido "antes" de que se tramite y sustancie el procedimiento penal. Son previas al dictado de la STS 749/2022 y de la sentencia que aquí es recurrida, anteriores, por tanto, a que en sede penal se declare el carácter delictivo de las conductas de distracción ilegal tanto de las pólizas de los "intrusos" como de los "no intrusos". Y se corresponden con el planteamiento acusatorio de la Junta de Andalucía, desautorizado por los tribunales penales, estimando que los pagos por los "no intrusos" no se integraban en la malversación.

La nulidad ex lege de esos actos administrativos por ser constitutivos de infracción penal, se declara cuando la sentencia penal deviene (pieza procedimiento específico STS 749/2022) o devenga (sentencia objeto del presente recurso, pieza ACYCO) firme. Hasta entonces no ha habido pronunciamiento declarativo de nulidad. Las actuaciones administrativas alegadas son posteriores al hecho delictivo, pero anteriores al pronunciamiento en sede jurisdiccional penal. Será a partir de este momento, con firmeza del procedimiento penal, cuando la Administración tendrá que llevar a cabo las iniciativas, iniciar los expedientes y dictar las resoluciones a que haya lugar como consecuencia de tal pronunciamiento y con arreglo a la normativa que sea de aplicación.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- El motivo segundo Garrigues Abogados, al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los arts. 108 y 110 LECrim, por infracción de ley, al considerar Garrigues responsable civil del supuesto- daño que hubiera podido derivarse para la Junta de Andalucía de las ayudas sociolaborales dadas en relación con los trabajadores que cumplían los requisitos del ERE (los "no intrusos") por cuanto no haber mitigado, pudiendo hacerlo, el daño causado, y la indemnización del mismo, supondría un enriquecimiento injusto para la Junta de Andalucía.

La tesis troncal de este motivo deriva del primero, e insiste en que no hay daño civil resarcible en los pagos por las pólizas de los no intrusos y se reiteran los argumentos ya expuestos, vinculados a la falta de buena fe y enriquecimiento injusto de la Administración derivada del pronunciamiento civil de la sentencia.

27.1.- Dando por reproducido lo ya expuesto en los anteriores apartados, no puede afirmarse que, declarado el carácter malversador de unas disposiciones de fondos públicos, la fijación de una indemnización como responsabilidad civil derivada del delito pueda suponer un enriquecimiento injusto cuando ninguna persona o entidad ha restituido ni en todo ni en parte esos fondos. Sí que hubo restitución en relación con la subvención excepcional ligada a la factura de honorarios de GARRIGUES, y esta cantidad ha quedado fuera del pronunciamiento de la sentencia, pero no en el resto de las disposiciones.

Asimismo, el motivo, como el resto de los formalizados por este mismo recurrente, se articula por la vía del error iuris del art. 849.1º LECrim por lo resulta ineludible el acatamiento de los hechos probados de la sentencia.



No se advierte en estos datos circunstancia alguna que evidencie un error en el pronunciamiento civil que afecta al recurrente.

No se oculta la complejidad y "singularidad" del presente procedimiento. De una causa matriz se han generado diversas piezas separadas. Una de ellas es la del denominado "procedimiento específico" donde ha recaído la STS 749/2022, han sido enjuiciados las autoridades y funcionarios responsables del sistema creado para posibilitar las distracciones de fondos públicos y se ha dictado sentencia condenatoria para ellos por los delitos de malversación y prevaricación. Estas personas fueron enjuiciadas "tanto por la ilegalidad de sus resoluciones como por disponer de los fondos públicos o permitir su disposición". Y otras piezas, como la que nos ocupa, tienen por objeto las ayudas singulares otorgadas en base a ese ilegal sistema donde se enjuicia a "todas aquellas personas que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de las ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas".

Esta ordenación del proceso ha sido avalada por la STS 749/2022 en base a las razones que se exponen en su Fundamento de Derecho 3 dedicado a la delimitación del objeto del proceso. Por lo tanto, deben rechazarse las alegaciones del recurrente relativas a un listisconsorcio pasivo necesario que en sede penal y en la presente causa no tiene cabida.

27.2.- Por otro lado, en la pieza del "procedimiento específico" la Junta de Andalucía formalizó reserva expresa de acciones civiles. Sin embargo, en esta pieza ni hay reserva de acciones, ni renuncia expresa, total o parcial a la acción civil.

De hecho la Junta de Andalucía ha ejercitado la acción civil, con las particularidades que se han expuesto. Y al mismo tiempo, se sustancia ante el Tribunal de Cuentas un procedimiento por responsabilidad contable.

Ello no es obstáculo para el pronunciamiento de responsabilidad civil que cuestiona el recurrente. El complejo escenario jurisdiccional ante el que podemos encontrarnos no debe impedir la declaración de responsabilidad civil acordada en esta sentencia.

Puede haber doble declaración de responsabilidad civil, pero lo que no sería factible es un doble pago. Por ello la ejecutoria deberá tramitarse estableciendo los oportunos mecanismos de coordinación entre los pronunciamientos que puedan producirse en sede de distintas jurisdicciones.

Resultan esclarecedoras a estos efectos las consideraciones contenidas en los fundamentos de derecho 17 y 81 de la STS 277/2015, de 3-6, cuando aborda esa posible confluencia de jurisdicciones, en aquel caso penal y contable, sobre unos hechos enjuiciados:

"Sin perjuicio de abordar el tema con mayor profundidad en ese lugar, apuntemos ya aquí varias ideas:

a) Lo que se está denunciando es la inaplicación de normas procesales y no sustantivas: el art. 849.1º LECrim al hablar de normas de la misma naturaleza está pensando en normas penales sustantivas. Otra interpretación llevaría al absurdo de considerar superfluos los arts. 850 y 851 LECrim.

b) El recurrente no es funcionario. Pero ciertamente eso no es requisito sine qua non para ser cuentadante. Lo es sin duda la entidad que obtuvo la subvención. Él es responsable civil como consecuencia de ser responsable penal. En verdad no es descartable su responsabilidad contable lo que supondría un doble título de condena. Se verá después. Pero están bien fijadas las indemnizaciones en el proceso penal. La suya no deja de ser también responsabilidad civil nacida de delito.

c) La dualidad de jurisdicciones según las personas responsables no es una extravagancia alegal. No es el único supuesto en que sucede así. La responsabilidad civil en cuya génesis encontramos un delito pero no es exigible en el proceso penal (como la derivada de responsabilidad patrimonial del Estado) es hipótesis no infrecuente, aunque no sea lo más habitual.

d) No surgiría un problema insoluble en cuanto a una eventual doble fijación del deber de indemnizar: no significará multiplicar la indemnización. Hay mecanismos de coordinación. Puede estar tranquilo el recurrente: no va a verse obligado a un doble abono. Un único pago extinguirá la responsabilidad civil aunque ésta hubiera podido declararse dos veces. También si la jurisdicción contable finalmente conoce de su responsabilidad por considerar que entra dentro del ámbito contable. Allí podrá oponer cosa juzgada si se le reclama. Y en su caso puede tener la seguridad de que no habrá una doble ejecución, aunque el deber de indemnizar sea doblemente declarado por la dualidad de títulos de pedir." (FD 17)

...

"La jurisprudencia no ha sido lineal. Algunas SSTS citadas en el recurso parecen propugnar un criterio diferente al de la STS invocada por el órgano a quo. El TS aclara en aquella sentencia "los pronunciamientos sobre responsabilidades civiles contenidos en sentencias penales no impiden que el Tribunal de Cuentas se



pronuncie sobre la responsabilidad contable si bien en la fase de ejecución de las sentencias, deberá tenerse en cuenta lo abonado por cada una de ellas, con la finalidad de evitar duplicidad en el reintegro al Erario Público, por un mismo concepto". Hay medidas de coordinación elementales que impedirían que produzca un enriquecimiento injusto de la Administración satisfaciéndose una misma responsabilidad por duplicado.

...

La coordinación en fase de ejecución entre ambas jurisdicciones evitará en todo caso la dualidad de pagos, si es que en la jurisdicción contable se rechazase la excepción de cosa juzgada que allí puede plantearse: como se ha dicho expresivamente la litispendencia (que es lo que se planteó inicialmente ante ese tribunal en pretensión que fue rechazada) representa el embarazo de la cosa juzgada. La STS 149/2015, de 11 de marzo es un muy reciente pronunciamiento de esta Sala en el que se recopila y sintetiza la doctrina sobre las relaciones entre Jurisdicción penal y contable. En el supuesto analizado allí el Tribunal de Cuentas ya se había pronunciado sobre la responsabilidad contable del condenado. Por eso esta Sala excluyó el pronunciamiento sobre responsabilidad civil nacida de delito. Sin embargo la sentencia admite supuestos en los que concurre una responsabilidad civil ex delicto diferente de la contable, (v.gr., cuando al responsable penal no le alcance la responsabilidad contable, como es el caso de determinados partícipes, penales o a título lucrativo).

...

Ello sin perjuicio de que ambas jurisdicciones adopten las medidas necesarias para evitar una doble exacción cuando el pronunciamiento de ambas jurisdicciones se refiera a los mismos hechos. Pues no existe necesariamente coincidencia entre una y otra responsabilidad. De un lado, porque el Tribunal de Cuentas solamente examina la responsabilidad contable exigible a los responsables de rendir cuentas respecto del manejo de caudales o efectos públicos (artículo 49.1 de la Ley 7/1988), mientras que la responsabilidad civil dimanante de un delito puede afectar a otras personas que hayan participado en el mismo y a las que no correspondieran aquellas obligaciones, e incluso puede alcanzar a partícipes a título lucrativo, (artículo 122 CP) resultando absurda la supresión de su responsabilidad civil por el daño derivado del delito solo por el hecho de haberlo cometido junto con alguna persona sometida a la jurisdicción contable. Y de otro lado, porque cada responsabilidad se resuelve con arreglo a sus normas específicas, de manera que, como ocurre en el caso, la prescripción en el ámbito contable puede excluir reclamaciones de indemnización que serían, sin embargo, procedentes, en el ámbito penal. O, podrían contemplar en sede penal vínculos de solidaridad entre los condenados (artículo 116.2 CP) que no se establecen en el marco de la responsabilidad contable. Esta es, de otro lado, la doctrina establecida por esta Sala, recogida en extenso en la STS núm. 257/2003 citada por el Ministerio Fiscal en su recurso, así como en otras posteriores igualmente mencionadas. Por todo ello, el motivo se estima, y se dictará sentencia acordando la condena de los acusados a la indemnización civil solicitada en la instancia por la acusación pública".

27.3.-PLURALIDAD RESPONSABLES CIVILES.

Para mejor comprensión de lo dispuesto en el art. 116 CP en los casos en los que hay varios responsables penales, vamos a descomponer su contenido conforme a estas reglas básicas:

1º) En los casos de pluralidad de responsables civiles, cuando esta responsabilidad admita su división en cuotas -en las reparaciones o indemnizaciones- el Tribunal habrá de determinar lo que tenga que abonar cada uno de los diversos responsables penales por el mismo hecho, y ello de modo forzoso por mandarlo así el art. 116.1 CP.

No hacerlo puede corregirse en casación.

El Código Penal no nos dice qué criterios han de seguirse para esa determinación de cuotas. Parece lógico entender que esa cuantía venga determinada, al menos como criterio principal, por la incidencia de la conducta de cada uno de los responsables penales en la producción del daño a reparar o indemnizar.

2º) La responsabilidad civil, en ese ámbito de las relaciones con las víctimas, se ejercerá primero contra los autores y luego contra el cómplice, pues para estos casos está prevista la subsidiariedad en el art. 116.2, que se hará efectiva, se dice, primero en los bienes de los autores y después en los de los cómplices.

3º) Dentro de cada uno de estos dos grupos de responsables penales (autores y cómplices) hay entre ellos solidaridad (art. 1137 C.Civil) en cuanto a la responsabilidad civil. El art. 1137 C.C. dispone que si del texto de las obligaciones no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya (STS 1525/2002, de 26-9).

4º) Si como consecuencia de este sistema de reparto de la responsabilidad civil entre los varios responsables penales, alguno hubiera pagado más de la cuota que le corresponde, quedan a salvo las respectivas acciones de repetición para recuperar lo indebidamente abonado, bien como resultado de la mencionada subsidiariedad



de la responsabilidad civil del cómplice, respecto de la de los autores; bien entre los autores, para el pago de algo más de su cuota respectiva (STS 318/2003, de 7-3).

La responsabilidad alcanza de forma solidaria a todos los acusados, porque todos contribuyeron a los hechos que a ellos les atañía, y aunque es cierto que no se ha fijado expresamente en la sentencia cuotas a cada uno de ellos, aunque la jurisprudencia (STS 666/2013, de 23-12) indica que sería deseable que los Tribunales superasen la tendencia simplificadora de establecer cuotas igualitarias y se planteasen con más frecuencia si es equitativo diferenciar según la intervención de cada partícipe, además de ser práctica habitual, tampoco resulta irrazonable en múltiples supuestos, el reparto por cuotas iguales, que es precisamente el reparto que se entiende pronunciado, cuando no se especifica expresamente (SSTS 167/2020, de 19-5; 280/2020, de 4-6).

V) MOTIVOS FORMALIZADOS EN RELACIÓN A COSA JUZGADA Y NON BIS IN IDEM Y/O VINCULADOS A LA STS 749/2022 .

VIGÉSIMO OCTAVO.- Motivos primero y segundo de Calixto y motivo primero, segundo y tercero de Celestino . Motivos relacionados con el non bis in idem y cosa juzgada derivados del enjuiciamiento de la pieza del procedimiento específico.

Ambos recurrentes utilizan la vía casacional del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ y sostienen que su enjuiciamiento y condena en la presente causa por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, conlleva una lesión de derechos fundamentales.

En este sentido invocan una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE); de los principios de legalidad, seguridad jurídica, intangibilidad de las resoluciones judiciales e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 9 CE y 26 CE) y del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE).

La razón de tales infracciones de derechos y principios constitucionales derivarían, según los recurrentes, de la vulneración del principio non bis in idem y de la excepción de cosa juzgada en que se ha incurrido con su enjuiciamiento y condena en el presente procedimiento de la pieza separada de ACYCO. Los recurrentes ya fueron juzgados y condenados en la pieza correspondiente el denominado procedimiento específico, en la que recayó la sentencia 490/2019, de 18-11, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla, y en casación la STS 749/2022, de 13-9.

28.1.- Previamente debemos destacar como las SSTS 739/2012, de 26-9; 974/2012, de 5-12; 772/2017, de 29-11; 199/2023; 631/2024, de 20-6, tienen dicho que la eficacia de la cosa juzgada consiste en aquella que producen las sentencias de fondo y otras resoluciones a ellas asimiladas (como los autos de sobreseimiento libre) por la cual no pueden ser atacadas en otro proceso relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya definitivamente solventado.

Una doble condena o un proceso posterior por un hecho ya juzgado, violaría el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE y también el art. 26.1 de la misma Ley Fundamental que sanciona el principio de legalidad.

En este sentido ha sido reiteradamente declarado por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala Segunda, que la denominada excepción de cosa juzgada, es una consecuencia inherente al principio non bis in idem, el cual ha de estimarse implícitamente incluido en el art. 25 CE, íntimamente ligado a los principios de legalidad y de tipicidad de las infracciones, principio que se configura como un derecho fundamental del condenado y que impide castigar doblemente por un mismo delito.

Ahora bien, a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad, que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes mantenido con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto -otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim- todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero puede ser traída al segundo proceso para ser valorada en relación a las demás existentes. Las SSTS 723/2023, de 2-10 y 398/2018, de 12-9, insisten en que no existe en el proceso penal eficacia positiva de cosa juzgada. Hay que estar a la prueba practicada en el concreto juicio oral, sin que vinculen los hechos probados proclamados en una sentencia fruto de un juicio oral diferente, aunque versase sobre los mismos hechos u otros concomitantes.

Asimismo, en STS 338/2015, de 2-6, hemos recordado como el T.C. por todas s. 91/2008, de 21-7, ha reiterado "que el principio non bis in idem se configura como un derecho fundamental, integrado en el art. 25.1 CE, con una doble dimensión material y procesal. La material o sustantiva impide que un mismo sujeto sea sancionado



en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismo hechos, toda vez que ello supondría una reacción punitiva desproporcionada que haría quebrar, además, la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones. La procesal o formal proscribire, en su sentido originario, la duplicidad de procedimientos penales en caso de que exista la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Ello implica la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo con efecto de cosa juzgada, ya que, en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial, no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme y se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento. Por tanto, la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona dicha lesión.

Asimismo debe destacarse que este Tribunal Constitucional tiene competencia para revisar el pronunciamiento de los órganos judiciales sobre la existencia de la triple identidad requerida de sujeto, hecho y fundamento, en cuanto constituye el presupuesto de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, o para analizarla directamente, comparando los ilícitos sancionados, partiendo de la acotación de los hechos realizada por los órganos judiciales, y tomando como base la calificación jurídica de estos hechos realizada en la resolución judicial.

La sentencia Tribunal Constitucional 69/2010 de 18-10, insiste en que la prohibición de incurrir en bis in idem procesal o de un doble proceso penal con el mismo objeto ha sido encuadrada por este Tribunal en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), concretándose dicha garantía en la imposibilidad de proceder a un nuevo enjuiciamiento penal si el primer proceso ha concluido con una resolución de fondo firme con efecto de cosa juzgada, ya que en el ámbito de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar un nuevo procedimiento, pues se menoscabaría la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme, y se arrojaría sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento (SSTC 159/1987, de 26 de octubre; 2/2003, de 16 de enero; 249/2005, de 10 de octubre; 23/2008, de 11 de febrero; 60/2008, de 26 de mayo; 91/2008, de 21 de julio).

El alcance que este Tribunal ha otorgado a la interdicción de incurrir en bis in idem, en cuanto comprensiva tanto de la prohibición de la aplicación de múltiples normas sancionadoras como, en lo que a este recurso de amparo interesa, de la proscripción de ulterior enjuiciamiento, cuando el mismo hecho ya ha sido enjuiciado en un primer procedimiento, en el que se ha dictado una resolución con efecto de cosa juzgada, coincide en lo sustancial con el contenido asignado al mismo en los convenios internacionales sobre derechos humanos (art. 14.7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966; art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1984) [STC 249/2005, de 10 de octubre).

Asimismo esta Sala casacional -por todas STS. 505/2006 de 10-5-, recuerda la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa consistente simplemente en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona (STS. 24.4.2000), pues aparece reconocido como una de las garantías del acusado el derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismo hechos, derecho que es una manifestación de principio "non bis in ídem", y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 en relación con el artículo 10.2 de la Constitución Española y 14.7 del Pacto de Nueva York sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 13-4-77, según el cual "nadie podrá ser juzgado, ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme, de acuerdo con la Ley y el procedimiento penal de cada país".

28.2.- Expuesto lo anterior, estiman los recurrentes que los hechos por los que han sido condenados en la presente causa ya lo fueron en la pieza del procedimiento específico en la "delimitación del objeto del proceso" que realizó esta Sala Segunda en la sentencia de casación 749/2022, recaída en la misma, con la finalidad de orientar la ordenación de las distintas piezas separadas a fin de evitar un doble enjuiciamiento vulnerador del non bis in idem y de la cosa juzgada para el grupo de personas que por su posición institucional intervinieron en el diseño y funcionamiento del sistema y al mismo tiempo dispusieron de los fondos públicos.

Los motivos, que son apoyados por el Ministerio Fiscal -no por las acusaciones del Partido Popular y la Junta de Andalucía- deberán ser estimados.

-En efecto, como ya se ha apuntado, el problema nace de la compleja y singular conformación procesal de la causa dividida en diversas piezas separadas: una para el denominado procedimiento específico y el resto para las diferentes ayudas o subvenciones singulares. La sentencia de esta Sala nº 749/2022, de 13-9, recaída en la primera, en su fundamento de derecho tercero, "Motivos en los que se invoca la vulneración del principio



acusatorio a través del cauce casacional del art. 852 de la LECrim. Delimitación del objeto del proceso", se hace eco de esta situación explicando cuándo y cómo se origina el problema:

"3.3 La cuestión que suscita el motivo planteado en estos dos recursos arranca del auto de 30/07/2015 en el que, previa petición del Ministerio Fiscal, se acordó "la división de la causa en: una primera pieza relativa al procedimiento específico, una segunda relativa a las sobrecomisiones y un tercer bloque de piezas para el que habría que abrir, un número no inferior a 200 piezas incoando una por cada ayuda sociolaboral o directa a empresas. Todo ello sin perjuicio de las piezas que puedan abrirse con ocasión de las diligencias que se practiquen en cada una de las piezas que por medio de este auto se resuelve dividir".

La mencionada resolución se nos antoja sumamente genérica ya que no precisaba con el suficiente detalle el ámbito subjetivo y objetivo de la división acordada. A este fin resultaba de interés su fundamentación jurídica en la que se hacía una cita literal de párrafos de otros autos anteriores del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que sugerían la procedencia de división de la causa matriz. Así, en el ATSJ 13/11/2014, se argumentaba que resultaba posible investigar y enjuiciar de forma independiente, por un lado, los hechos relativos a la ideación, diseño, organización y establecimiento del sistema de ayudas, así como las actuaciones consistentes en decisiones que en el tiempo supusieron su mantenimiento operativo, que sería el contenido de la primera pieza (procedimiento específico) y, por otro, las conductas concretas de ejecución administrativa y material de las acciones permitidas por dicho sistema imputadas a otras personas.

La indeterminación del auto de 30/07/2015 dio lugar a distintos recursos que fueron resueltos mediante auto de 09/11/2015 en el que se reconoció la deficiencia señalada y se procedió a precisar el contenido de las seis piezas en que se dividió la causa Matriz (DP 174/11), advirtiendo que el posible enjuiciamiento de una misma persona en distintas piezas por hechos iguales podría solventarse mediante distintas técnicas establecidas para evitar cualquier exasperación punitiva, disponiendo que en la primera pieza, relativa al "procedimiento específico", se investigarían los "hechos relativos a la participación activa y consciente en el diseño y puesta en marcha del denominado procedimiento específico en todas sus variantes, con las importantes consecuencias que se derivan de los informes elaborados por la Intervención General de la Junta de Andalucía en el seno del Control financiero permanente del IFA/IDEA -muy especialmente el Informe definitivo de cumplimiento de 2003 que incluye como anexo III un informe complementario relativo a las ayudas de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía- confección y control de los presupuestos de la Junta de Andalucía en la materia que nos ocupa - programas 3.1. L 2.2 E a través del denominado procedimiento específico".

Se detallaba, además, el contenido sobre el que versarían las otras cinco piezas, una relativa a sobrecomisiones y otras cuatro relativas a subvenciones concedidas a empresas o grupos de empresa determinados, precisándose en relación con estas últimas que se dirigirían contra "todos aquellos que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de las ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas".

Estas resoluciones fueron confirmadas por auto de 3 de junio de 2016 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla (folios 146-153, Tomo 338).

Posteriormente el Juzgado de Instrucción dictó dos nuevos autos, fechados el 27/01/2016 (folios 372 a 383, tomo 332) en los que se destacaba la importancia de los pronunciamientos que pudieran producirse en las piezas de procedimiento específico y sobrecomisiones, respecto del resto de piezas y la posibilidad de que en la pieza primera se imputara un delito continuado de malversación de caudales públicos y que una misma persona fuera también imputada en otras piezas por el mismo delito pero por hechos nuevos, señalando los instrumentos penológicos de corrección para evitar la exasperación punitiva, con cita de la doctrina jurisprudencial existente sobre esa cuestión (SSTS 04/11/2008 y 2522/2001, de 24 de enero de 2002 y SSTC 221/1997, de 4 de diciembre, y 2/2203, de 16 de enero).

En esas condiciones se llegó al dictado del auto de conclusión de la fase de instrucción (auto de PA de 31/05/2016- folios 203-300, tomo 338) en el que se hacía una completa descripción del procedimiento seguido para conceder las ayudas sociolaborales, sorteando las exigencias y controles establecidos por la normativa de subvenciones. El relato fáctico de dicho auto era amplio, de forma que cabía en él la totalidad de los hechos investigados. Y en su fundamentación jurídica se precisó su contenido con mayor detalle, señalando que la actuación de los investigados no sólo podía ser constitutiva de un delito de prevaricación administrativa, sino también de un delito de malversación de caudales públicos, al menos, a partir del ejercicio de 2005, ya que desde el 25/07/2005 se tuvo conocimiento del Informe adicional al informe definitivo de auditoría de cumplimiento del ejercicio 2003, elaborado por la Intervención General de la Junta de Andalucía, y a partir de esa fecha la actuación de los distintos responsables se hizo asumiendo conscientemente que los "fondos públicos eran puestos en manos de persona no autorizada para disponer de ellos, que esta persona los repartía



con total discrecionalidad y arbitrariedad sin justificar los motivos de la concesión, sin controlar el destino de esos fondos concedidos, asumiendo obligaciones de materia arbitraria y comprometiendo con ello el erario de la Junta de Andalucía".

En atención al amplio contenido fáctico del auto de conclusión de la instrucción el Ministerio Fiscal presentó escrito de conclusiones provisionales el 15/09/2016 (folios 11988-12031, Tomo 34 de la pieza separada) en el que de forma detallada se cuantificaron todas las partidas presupuestarias aprobadas durante los ejercicios 2000 a 2010 y de las que se disponía para la concesión de las ayudas sociolaborales. El escrito de calificación incluía expresamente el número de personas y empresas beneficiadas, el importe total de las ayudas concedidas (66.155.573,51 euros) así como los fondos utilizados en fines distintos y ajenos a la concesión de ayudas sociolaborales, con descripción de su contenido e importe. En las conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal y de otras acusaciones se postuló la condena de buena parte de los acusados no sólo por el delito de prevaricación sino por el delito continuado de malversación de caudales públicos, abarcando dicho delito todas las ayudas sociolaborales concedidas, tanto las relativas a las primas de póliza de rentas y capital, como las relativas a los fondos del programa 31 L empleados en fines distintos y ajenos a los recogidos en dicho fondo (páginas 12021 a 12025, tomo 34 de la pieza separada).

Igual pretensión punitiva se formuló en el trámite de conclusiones definitivas por el Ministerio Fiscal y de forma adhesiva por la acusación popular. En efecto, en el escrito de conclusiones, reiterando lo expuesto en las conclusiones provisionales, se hace una referencia explícita no sólo a todas las cantidades irregularmente presupuestadas para pago de las ayudas en las distintas anualidades sino también a:

- (i) Las subvenciones o ayudas concedidas para pago de las primas de pólizas de renta y capital concedidas con incumplimiento absoluto de la normativa de subvenciones, destacando como irregularidades más sobresalientes la ausencia de bases de convocatoria, la falta de publicidad, la falta de control de las personas beneficiadas respecto a su pertenencia al colectivo afectado, la falta de seguimiento de la situación laboral de los beneficiarios y el incumplimiento de las normas mínimas sobre contratación de las pólizas de renta.
- (ii) Las subvenciones destinadas a fines distintos de la concesión de ayudas sociolaborales y
- (iii) Los perjuicios para el servicio público derivados de la disposición indebida de todos esos fondos públicos."

- Partiendo de lo anterior y enjuiciándose en la pieza del procedimiento específico no solo el diseño y puesta en funcionamiento del "sistema" sino también la efectiva distracción de fondos públicos que este posibilitó, la citada STS 749/2022, advirtió sobre esa posible zona de confluencia y posibilidad y riesgo del non bis in idem para ese determinado grupo de personas que participaron en el diseño y puesta en funcionamiento del sistema y a la vez, dispusieron de los caudales públicos. Así se explica en el fundamento de derecho 3.4.:

"3.4 Sentado lo anterior, debe destacarse que la condena del tribunal de instancia lo ha sido no sólo por un delito continuado de prevaricación, lo que se correspondería con las resoluciones adoptadas para "el diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes", sino también por un delito continuado de malversación de caudales públicos, conforme a lo solicitado por las acusaciones.

Este doble pronunciamiento obliga a una explicación porque no hay más ayudas que las concedidas individualmente y, si éstas quedaron fuera del enjuiciamiento, habría que dar la razón a los recurrentes al menos en lo que se advierte de contradicción interna de la sentencia.

La aparente contradicción no es tal si se analizan los hechos desde la diferente contribución que han podido tener las personas que han intervenido en este complejo proceso.

Hay un grupo de personas que por su posición institucional intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento y mantenimiento de un sistema de presupuestación que dio lugar a la concesión de ayudas al margen de los procedimientos legales establecidos. Esas personas son las que aquí han sido enjuiciadas, tanto por la ilegalidad de sus resoluciones como por disponer de los fondos públicos o por permitir esa disposición.

En las piezas separadas, en cambio, se han investigado cada una de las ayudas singulares, lo que incluye a todas aquellas personas que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de las ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas.

Existe, por tanto, una posible zona de coincidencia, la de aquellas personas que intervinieron en el diseño, puesta en funcionamiento o mantenimiento del sistema y, a la vez, dispusieron de los fondos públicos, lo que obliga, en primer lugar, a precisar los hechos por los que han sido condenados en esta pieza matriz, ya que sobre esta cuestión parecen existir diferencias interpretativas.

Las divergencias surgen porque los hechos descritos en el auto de conclusión de la investigación de esta pieza matriz pueden ser coincidentes con algunos de los hechos y personas mencionados en los autos en los que



se fijó el ámbito de las distintas piezas separadas. Y esas coincidencias han sido posibles porque el desarrollo de la investigación era distinto en ambos momentos y porque, en cualquier caso, la delimitación factual no era sencilla, dado que la pieza matriz (procedimiento específico) tenía innegables puntos de contacto con lo investigado en las distintas piezas separadas.

No tenía razón de ser el enjuiciamiento conjunto, no sólo porque la magnitud de la investigación hacía inviable un único juicio, sino porque para determinar la responsabilidad penal del primer grupo de personas no parecía imprescindible el análisis de cada ayuda singular, ya que, en su caso, lo determinante, era su intervención en el sistema que propició el descontrol generalizado en la concesión de las ayudas. Y tampoco tenía sentido alguno formar únicamente tantas piezas como ayudas a empresas y que en cada uno de esos juicios se llamara a las autoridades que habían intervenido en el proceso de diseño, porque con esa división era obligado probar en cada una de las causas singulares si tal proceso tenía contornos delictivos. Lo procedente era dividir la causa, enjuiciando en la pieza matriz el proceso de "diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes" y en las distintas piezas separada la concesión y pago de las distintas ayudas.

Sin embargo, esa división podía dar lugar a que hubiera coincidencias entre la pieza matriz y las piezas separadas, porque si bien hay un grupo de personas que intervinieron en "el diseño y puesta en funcionamiento del procedimiento específico en todas sus variantes", dentro de ese grupo hay personas que también intervinieron en la concesión y pago de las ayudas singulares. Nos referimos a los Directores Generales de Trabajo y Seguridad Social, así como a los Directores Generales del IFA/IDEA y, en general, a cualquier otro acusado que haya sido enjuiciado en esta pieza matriz y que esté acusado o se pretenda su acusación en cualquier otra pieza por delito de malversación de caudales públicos.

Pues bien, esa zona de coincidencia puede dar lugar a un doble enjuiciamiento por unos mismos hechos, lo que está proscrito por el principio "non bis in idem".

28.3.- En consonancia con lo anterior, la STS 749/2022, ante la situación procesal creada, afirmó que "no hay más ayudas que las concedidas individualmente" y por ello delimitó el alcance y objeto del enjuiciamiento producido en aquella pieza del procedimiento específico y orientar así la tramitación de las piezas separadas, cuyo objeto eran las ayudas o subvenciones singulares a fin de evitar el doble enjuiciamiento, y lo hizo de la siguiente manera:

"En atención al contenido de los hechos probados y tomando también en cuenta los argumentos utilizados por el tribunal de instancia para efectuar la calificación jurídico-penal de los hechos enjuiciados en esta pieza matriz, las condenas dictadas en este procedimiento se refieren a lo siguiente:

(i) Temporalmente los hechos enjuiciados en esta causa son los acontecidos entre la elaboración de la primera modificación presupuestaria, cuya aprobación data del 18/04/2000 y la aprobación de la última modificación presupuestaria que se produjo el 01/12/2009, por lo que cualquier hecho ocurrido fuera de esos márgenes temporales no ha sido objeto de enjuiciamiento en este proceso.

(ii) En relación con el delito de prevaricación las personas enjuiciadas y que han resultado condenadas lo han sido por adoptar las siguientes resoluciones:

- Elaboración y aprobación de los Presupuestos de los ejercicios 2002 a 2009, incluyendo el programa 31L en sustitución del 22 E, introduciendo indebidamente la aplicación presupuestaria "transferencias al IFA en materia de relaciones laborales", habilitando anualmente mediante transferencias de financiación unas cuantías muy relevantes que se precisan en el relato fáctico.

- Aprobación de las modificaciones presupuestarias de fechas 28/07/2000, 07/05/2001, 29/05/2001, 18/09/2001, 13/11/2001, 05/12/2001, 15/10/2002, 21/10/2002, 18/03/2004, 17/12/2005, 07/11/2006, 27/11/2007, 22/12/2008 (tres modificaciones presupuestarias en esa fecha) y 01/12/2009.

- Otorgamiento del Convenio Marco de Colaboración entre la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico (CEDT) y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA) de 17/07/2001, suscrito por don Valentín, como Consejero de Empleo de la Junta de Andalucía y don Celestino, como Presidente del IFA.

- Otorgamiento de los Convenios Particulares suscritos a partir de la firma del Convenio Marco, firmados hasta su cese por el acusado don Dionisio, como Director General de Trabajo y por el IFA. En relación con este último, firmados por su Presidente hasta el 28/01/2003 y posteriormente por los Directores Generales de dicho instituto.

- Fraccionamiento de las cuantías de las ayudas a partir del 27/05/2003 en función de las cantidades asignadas a cada trabajador y no de las cantidades asignadas a las empresas, todo ello para sustraer su conocimiento del Consejo Rector del IFA.



- Acuerdo de fraccionamiento de las ayudas concedidas a las empresas. Singularmente el fraccionamiento de las ayudas concedidas a la empresa PICKMAN SA, según adenda suscrita por la Dirección General de Trabajo y el IFA, ratificado por el Consejo Rector del IFA en su sesión de 02/03/2004.

- Concesión de las ayudas sociolaborales.

(iii) En relación con el delito de malversación de caudales públicos las personas enjuiciadas en este proceso y condenadas por este delito lo han sido bien por su participación directa en la disposición de fondos, bien por haber permitido esa disposición.

Lógicamente la malversación tiene como soporte fáctico las disposiciones concretas de los fondos públicos y quienes han resultado condenados por este delito, lo han sido bien por su participación directa en las disposiciones de fondos, bien porque las permitieron, una vez tuvieron conocimiento de la forma en que se estaban aprobando y gestionando.

Entendemos que la condena por malversación incluye respecto de cada condenado a todas las disposiciones de fondos públicos realizadas durante el tiempo en que cada uno de ellos ejerció su cargo.

En efecto, no puede afirmarse que la malversación se refiera únicamente a las ayudas que se destinaron a fines distintos a las ayudas sociolaborales (disposiciones relacionadas en el apartado b), ya que en la sentencia impugnada hay multitud de referencias a lo largo de sus extensos fundamentos jurídicos a ayudas singulares. La mayor evidencia de ese planteamiento la encontramos en el contenido del hecho probado vigésimo segundo de la sentencia de instancia en el que, al concretar las disposiciones de fondos públicos realizadas y las irregularidades más relevantes cometidas en esas disposiciones, se alude a todas las ayudas concedidas en el periodo contemplado en la sentencia sin distinción, tanto las realizadas para el pago de las primas de pólizas de renta y capital (apartado A), como las abonadas a empresas en crisis (apartado B) o como las pagadas para fines distintos de los establecidos en las fichas presupuestarias (apartado C).

Por tanto y en conclusión, hemos precisado los hechos que han sido enjuiciados en este proceso para evitar un eventual doble sanción penal por unos mismos hechos, lo que habrá de servir en el futuro para despejar cualquier duda que se pudiera suscitar al respecto en las distintas piezas separadas de esta causa."

Conforme a esta delimitación, la pieza del procedimiento específico comprenderá:

- Respecto a las resoluciones vinculadas al delito de prevaricación el enjuiciamiento engloba no solo la elaboración de los presupuestos, las modificaciones presupuestarias, el Convenio Marco de 2001, los Convenios particulares o los fraccionamientos, sino también "la concesión de las ayudas socio-laborales".

- Y en relación al delito de malversación, se precisa que las personas enjuiciadas (y condenadas) en el procedimiento específico lo fueron por haber dispuesto de los fondos o permitir esa disposición, al afirmar de forma tajante que "la condena por malversación incluye respecto de cada condenado a todas las disposiciones de fondos públicos realizadas durante el tiempo en que cada uno de ellos ejerció su cargo."

Los hoy recurrentes Calixto y Celestino ostentaron los siguientes cargos durante los periodos temporales que se indican: Calixto : Director General de Trabajo desde el 29 de abril de 2008 al 6 de abril de 2010; y Celestino : Presidente del IFA-IDEA entre mayo de 2001 y el 2003. Viceconsejero de Empleo entre el 29 de abril de 2000 y el 24 de abril de 2004, y Consejero de Empleo entre el 25 de abril de 2004 y el 22 de marzo de 2010.

Los hechos que se les imputan en el procedimiento específico y en esta pieza separada de ACYCO, tienen lugar y se hayan conectados con el ejercicio de dichos cargos durante tales periodos de tiempo.

Al mismo tiempo, los hechos objeto de esta pieza separada ACYCO se refieren a concesión y distracción de fondos de la ayuda socio-laboral a esta empresa mediante el Protocolo de Colaboración DGTSS-ACYCO de 26 de julio de 2003, Convenio de Colaboración DGTSS-IFA de 10 de febrero de 2004 y la subsiguiente suscripción de las correspondientes pólizas de renta y capital NUM000 , NUM012 y NUM005 en 2003 y 2007 y a la subvención excepcional otorgada mediante resolución de 24 de marzo de 2010 que, textualmente, concede "a los trabajadores de ACYCO, ACEITUNAS Y CONSERVAS S.A." una ayuda sociolaboral excepcional de CIENTO NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTE EUROS (109.620,00 €)". Son ambas, por tanto, ayudas socio-laborales singulares otorgadas en favor de la empresa ACYCO.

Por consiguiente, es evidente que los hechos objeto de la presente pieza de ACYCO se encuentran incluidos en el objeto de la pieza del procedimiento específico en los términos delimitados por la STS 749/2022.

28.4.- Es cierto, como el propio Ministerio Fiscal reconoce al apoyar el motivo, que a la tesis de los recurrentes podría formularse otra objeción. Y es que, reparando en los términos que utiliza la STS 749/2022 al definir el objeto de enjuiciamiento, aunque manera clara se incluyen la concesión de las ayudas socio-laborales y las disposiciones de fondos de los condenados en los periodos de tiempo en que ocuparon sus cargos, se observa



que al inicio se hace una delimitación de carácter temporal general. Así se dice: "(i) Temporalmente los hechos enjuiciados en esta causa son los acontecidos entre la elaboración de la primera modificación presupuestaria, cuya aprobación data del 18/04/2000 y la aprobación de la última modificación presupuestaria que se produjo el 01/12/2009, por lo que cualquier hecho ocurrido fuera de esos márgenes temporales no ha sido objeto de enjuiciamiento en este proceso."

En base a ello podría pensarse que el enjuiciamiento ya producido y los efectos de cosa juzgada y non bis in idem habrían de circunscribirse a las ayudas sustanciadas en las pólizas que se concertaron, pues tienen lugar en ese lapso temporal, pero no a la ayuda sociolaboral de la subvención excepcional otorgada en el 2010.

- No obstante, coincidimos con el Ministerio Fiscal en que tales efectos también deben extenderse a esta ayuda del año 2010, teniendo en cuenta el devenir procesal producido en fase de enjuiciamiento de la pieza del procedimiento específico.

Así, se comprueba que el auto de transformación en procedimiento abreviado de 31 de mayo de 2016 (procedimiento específico), al describir los hechos objeto de instrucción en la pieza, dedica el apartado de Cuarto de los Hechos al año 2010 cuando se inicia la denominada "tercera fase" en la que se abandonó el Convenio Marco de 17 de julio de 2001 y se prescindió de la partida 440.01 "Transferencias de financiación a IDEA", sustituyéndola por las partidas 476.47 "Transferencias corrientes a empresas privadas. Programas sociolaborales. Ayudas sociales" y la 776.47 "Transferencias de capital a empresas privadas. Programas sociolaborales. Ayudas sociales", dictándose el 27 de abril de 2010 una Orden de la Consejería de Empleo que formalizaba un acuerdo de encomienda con IFA-IDEA para el pago de las subvenciones. Pese a ello, se dice expresamente en el auto que ello "no conllevó una modificación del régimen de funcionamiento, de modo que IFA-EDA continuó recibiendo los fondos provenientes de esa partida, por cuenta del programa 31L, como si se tratase de transferencia de financiación, a la par que siguió efectuando los pagos a terceros por cuenta de la Consejería de Empleo, sin sujetar este procedimiento al oportuno control de la intervención" y que "se persistió en el mantenimiento del sistema previo de disposición sobre la partida 31L, con todas las irregularidades ya señaladas, operando como si subsistiese el de transferencia de financiación, hasta el dictado de la Orden de 1 de abril de 2011".

Y así, en el apartado Sexto de los Hechos, cuando se relacionan las personas contra las que se dirige el procedimiento y se detallan los indicios de criminalidad contra ellos, se incluyen a cargos de la Administración que ocuparon sus cargos únicamente en el año 2010, como son Jose Francisco (viceconsejero de Empleo del 1-4-2010 al 10-5-2012), Tomás (Director General de Trabajo del 6-4-2010 a 12-6-2021) o Juan Miguel (Director General de IFA-IDEA del 22-12-2009 al 30-6-2014).

Del mismo modo, en el Fundamento de Derecho Cuarto del auto se alude a la conducta malversadora y prevaricadora que, en forma de continuidad delictiva, se desarrolló hasta el año 2011.

En correspondencia con este auto, el escrito de acusación y conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, que delimita el ámbito objetivo y subjetivo del enjuiciamiento que se va a producir, incluye como hechos objeto de acusación los acaecidos en 2010, dirigiendo la acusación por ellos contra los recurrentes y contra esas personas que ostentaron cargos exclusivamente en 2010. Se reproduce a continuación el apartado de hechos relativos a este año que se contiene en el escrito de acusación:

"En 2010 se inició el proceso de abandono de la partida presupuestaria 440 "Transferencias de financiación al IFA-IDEA " y del uso del Convenio marco de 17 de julio de 2001, presupuestándose los créditos para las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis en las partidas legalmente adecuadas para la concesión de subvenciones de esa naturaleza, si bien, al no dictarse como era lo debido una regulación de las mismas, siguieron tramitándose como ayudas o subvenciones excepcionales. No obstante, los encausados Calixto , Tomás , quien sucedió al anterior en fecha 6 de abril de 2010 en el puesto de director General de Trabajo y Jose Francisco como Viceconsejero de Empleo (1-4- 2010/10-52010) siguieron disponiendo de los fondos destinados al otorgamiento de las ayudas del programa 31 L al margen del procedimiento legalmente establecido , ya que los créditos presupuestados para la concesión de subvenciones de la Consejería de Empleo en las partidas adecuadas se remitieron a IDEA como si de una transferencia de financiación se tratara , de manera similar a la realizada en los ejercicios anteriores y que ha sido descrita.

Para el pago de las subvenciones se dejaron de suscribir convenios particulares entre la DGTSS e IDEA, dictándose por el Director General de Trabajo resoluciones de órdenes de pago a IDEA de las subvenciones concedidas por ésta, recogiendo en el cuerpo de la resolución que el expediente obraba en dicho centro directivo, y ordenándose el pago por el encausado Juan Miguel - Director General de IDEA en el periodo 22-12-2009/30-06-2014 -. Estos expedientes no fueron sometidos a la debida fiscalización previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo ni , al igual que las de ejercicios anteriores , se recogieron en la base de datos de subvenciones y ayudas públicas de la Comunidad Autónoma andaluza - Orden de la



Consejería de Economía y Hacienda de 25 de Febrero de 2002, desarrollo de la Disposición adicional única del Decreto 254/2001, Reglamento de Subvenciones de la Junta de Andalucía-

Realmente, aún cuando la documentación tramitada para estas ayudas tuviese una mayor formalidad y apariencia de expediente, se seguían produciendo los incumplimientos y deficiencias que ya han sido descritos en la tramitación y concesión de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis.

La sustitución del sistema de convenios particulares DGTSS-IDEA, los cuales detallaban el total de las ayudas que se debía materializar conforme a un calendario de pagos que en muy pocas ocasiones se cumplió, por el de resoluciones individuales de pago, tenía un efecto buscado por los encausados pues estas resoluciones no detallaban el total de la subvención concedida sino sólo el pago parcial que la resolución ordena, lo que impide conocer los compromisos de gastos totales que haya podido adquirir la Consejería de Empleo. Es decir, el sistema de convenios hacía visible el déficit presupuestario en la contabilidad de la Agencia IDEA que se llegó a reflejar como incertidumbre en los informes de auditoría mientras que el método de resoluciones de pago parcial no pone de manifiesto la falta de crédito presupuestario puesto que la contabilidad de IDEA registra sólo lo que paga, no el compromiso de pago. Si se hubieran sometido a la debida fiscalización previa las resoluciones de la DGTSS, ésta abarca la existencia de crédito suficiente y adecuado en relación a cada una de las ayudas otorgadas, no hubiese sido de conformidad.

El Convenio marco de 17 de julio de 2001, con vigencia hasta el 31/12/03, fue sustituido como instrumento jurídico para el pago de subvenciones del programa 31 L por la Encomienda de Gestión de 27 de abril de 2010 de la Consejería de Empleo -publicada en el BOJA de 11 de mayo de 2010-, sin que conste la preceptiva aprobación del Consejo de Gobierno exigida por el artículo 105.3 de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía -, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2010 y sin que supusiese una adecuación a la preceptiva tramitación de ayudas sociolaborales y ayudas a empresas a crisis como subvenciones excepcionales, al seguir careciendo de una regulación expresa. La Dirección General de Trabajo entendió que esta Encomienda se había prorrogado de forma tácita más allá del 31/12/2010 al no mediar denuncia expresa por ninguna de las partes y al existir actuaciones de materialización de pagos de ayudas excepcionales y sociolaborales que fueron desarrolladas por IDEA en el ejercicio 2011. La Agencia IDEA, en sus expedientes de materialización de pagos incumplió lo dispuesto en la Resolución de 15 de diciembre de 2009 de la IGJA sobre el control financiero de carácter previo y no sometió dichos expedientes a la debida aprobación de su Consejo Rector y ratificación por el Consejo de Gobierno, en su caso, alegando que las ayudas se concedían a los trabajadores afectados por Expedientes de Regulación de Empleo o de las empresas que atravesaban graves dificultades y no a la empresa a la que pertenecen.

Esta regulación, necesaria, no llegó hasta que se dictó en forma de Orden en fechas 1 de abril de 2011 -aprobación de las bases reguladoras de las ayudas sociolaborales-, 13 de marzo de 2012 -establecimiento de las bases reguladoras y convocatoria para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva destinadas a las personas trabajadoras beneficiarias de una ayuda sociolaboral en virtud de un expediente de reestructuración de empresas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía afectadas por la situación de liquidación de la Compañía Aseguradora APRA LEVEN N.V.- y 16 de marzo de 2012 -modifica la de 1 de abril de 2011 procediendo a una nueva convocatoria para el 2012-, adaptándose a las normas establecidas para regular su concesión, incluidas las propias de la ley andaluza y sometiénolas al régimen de concurrencia no competitiva. El Decreto-Ley 4/2012, de 16 de octubre derogó estas disposiciones.

Previamente, la Consejería de Empleo propuso en la Comisión de Viceconsejeros -sesión del 22/12/2010- un acuerdo por el que se le autorizase la firma de una Encomienda de gestión con la Agencia IDEA para la materialización referente a los programas sociolaborales y las ayudas sociales extraordinarias, acordándose en dicha sesión "queda sobre la mesa".

El crédito recogido en los presupuestos de la Junta de Andalucía para el ejercicio 2010 fue de 54.164.366 euros."

Y en el apartado del escrito de conclusiones correspondiente a la responsabilidad civil se hace expresa petición de restitución de fondos por lo dispuesto en el año 2010 que alcanzó la cifra de 54.164.366 euros, importe del crédito recogido para ese año en el presupuesto de la Junta de Andalucía:

"Responsabilidades civiles.

Los autores del delito de malversación responderán solidariamente de la devolución a la Hacienda Pública andaluza del total de los créditos destinados a la concesión de las ayudas sociolaborales por parte de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo en el periodo 2000 a 2010 del programa 31L y 22E, atendiendo al siguiente cuadro:

...



*año 2010, los encausados Celestino , Elias , Jose Francisco , Calixto , Tomás , Virginia , Edmundo , Ernesto , Eutimio , Juan Miguel , Everardo y Claudia deberán restituir a la Hacienda andaluza un total de 54.164.366 euros".

Por lo tanto, las subvenciones-ayudas otorgadas en el año 2010 dentro del programa 31L fueron objeto de acusación y de enjuiciamiento en el procedimiento y juicio oral correspondiente a la pieza del procedimiento específico. También sobre ellas se articuló la pretensión acusatoria y se alegó y se practicó prueba por todas las partes desde sus respectivas posiciones procesales.

Lo que ocurrió es que el Ministerio Fiscal, en trámite de conclusiones definitivas, retiró la acusación por los hechos del año 2010, por razones probatorias (no se estimó acreditado que los acusados conocieran o instaran la irregular tramitación de las ayudas-subvenciones en el ejercicio) y porque en ese momento estaba aún por definir el alcance del enjuiciamiento de la pieza del procedimiento específico y las consecuencias del mismo para el resto de las piezas que se estaban tramitando respecto de las ayudas singulares.

De esta manera, en el acto de juicio oral, tras la práctica de la prueba y en trámite de conclusiones definitivas, el Ministerio Fiscal presentó escrito modificando las provisionales que, en relación al año 2010, decía lo siguiente:

"Para el pago de las subvenciones en el ejercicio 2009 se dejaron de suscribir convenios particulares entre la DGTSS e IDEA, dictándose por el Director General de Trabajo resoluciones de órdenes de pago a IDEA de las subvenciones concedidas por ésta, recogiendo en el cuerpo de la resolución que el expediente obraba en dicho centro directivo, y ordenándose el pago por el Director General de IDEA . Estos expedientes no fueron sometidos a la debida fiscalización previa de la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo ni , al igual que las de ejercicios anteriores , se recogieron en la base de datos de subvenciones y ayudas públicas de la Comunidad Autónoma andaluza - Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 25 de Febrero de 2002, desarrollo de la Disposición adicional única del Decreto 254/2001, Reglamento de Subvenciones de la Junta de Andalucía-.

Realmente, aún cuando la documentación tramitada para estas ayudas tuviese una mayor formalidad y apariencia de expediente en el ejercicio 2009, se seguían produciendo los incumplimientos y deficiencias que ya han sido descritos en la tramitación y concesión de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis.

La sustitución del sistema de convenios particulares DGTSS-IDEA, los cuales detallaban el total de las ayudas que se debía materializar conforme a un calendario de pagos que en muy pocas ocasiones se cumplió generando un mayor déficit presupuestario por intereses, por el de resoluciones individuales de pago, tenía un efecto buscado por los encausados ya reseñados pertenecientes a la Consejería de Empleo, a la Consejería de Innovación y a la agencia IDEA pues estas resoluciones no detallaban el total de la subvención concedida sino sólo el pago parcial que la resolución ordena, lo que impide conocer los compromisos de gastos totales que haya podido adquirir la Consejería de Empleo frente a terceros . Es decir, el sistema de convenios hacía visible el déficit presupuestario en la contabilidad de la Agencia IDEA que se llegó a reflejar como incertidumbre en los informes de auditoria mientras que el método de resoluciones de pago parcial no pone de manifiesto la falta de crédito presupuestario puesto que la contabilidad de IDEA registra sólo lo que paga, no el compromiso de pago. Si se hubieran sometido a la debida fiscalización previa las resoluciones de la DGTSS, ésta al abarca la existencia de crédito suficiente y adecuado en relación a cada una de las ayudas otorgadas, no hubiese sido de conformidad dado que el crédito aprobado del programa 31 L para la concesión y abono de las ayudas sociolaborales y ayudas a empresas en crisis se agotó al movilizarlo a la Agencia IDEA mediante las transferencias de financiación con las consecuencias ya descritas.

En 2010 se inició el proceso de abandono de la partida presupuestaria 440 "Transferencias de financiación al IFA-IDEA " y del uso del Convenio marco de 17 de julio de 2001, presupuestándose los créditos para las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis en las partidas legalmente adecuadas para la concesión de subvenciones de esa naturaleza,-partida 47 ayudas a empresas-, si bien , al no dictarse como era lo debido una regulación de las mismas, siguieron tramitándose como ayudas o subvenciones excepcionales.

El crédito recogido en los presupuestos de la Junta de Andalucía para el ejercicio 2010 fue de 52.464.366 euros en la aplicación presupuestaria 01.01.476.47.31L y de 1.700.000 euros en la aplicación presupuestaria 01.01.776.47.31L , si bien este no se ejecutó en su totalidad según consta en las actas del comité de coordinación previsto en la Orden de 27 de abril de 2010 por el que se formaliza el acuerdo de encomienda , las cuales reflejan a la fecha de 10 de agosto de 2012 un importe de 9.685.208,06 euros a favor de la Consejería de Empleo.

Aún siendo adecuada la presupuestación, los fondos movilizados desde la Consejería de Empleo a la agencia IDEA se tramitaron a efectos de su fiscalización por la Intervención Delegada de la Consejería de Empleo de la misma forma que las transferencias de financiación , es decir , de forma global y sin fiscalización previa de



expediente de gasto de subvenciones el cual no existía, sin que se haya podido acreditar que dicha tramitación fuera instada o conocida por los encausados en la presente causa, sin perjuicio de aquella participación que se le pudiera imputar en la concesión y pago de las subvenciones concedidas con cargo a dichos fondos y que no son objeto de enjuiciamiento en esta causa.

La regulación necesaria en esta materia no llegó hasta que se dictó en forma de Orden en fechas 1 de abril de 2011 -aprobación de las bases reguladoras de las ayudas sociolaborales-, 13 de marzo de 2012 -establecimiento de las bases reguladoras y convocatoria para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva destinadas a las personas trabajadoras beneficiarias de una ayuda sociolaboral en virtud de un expediente de reestructuración de empresas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía afectadas por la situación de liquidación de la Compañía Aseguradora APRA LEVEN N.V.- y 16 de marzo de 2012 -modifica la de 1 de abril de 2011 procediendo a una nueva convocatoria para el 2012-, adaptándose a las normas establecidas para regular su concesión, incluidas las propias de la ley andaluza y sometiénolas al régimen de concurrencia no competitiva. El Decreto-Ley 4/2012, de 16 de octubre derogó estas disposiciones".

Como consecuencia de esta modificación operada en conclusiones definitivas, la sentencia que dictó la Sección Primera se limitó consignar en los Hechos Probados respecto al año 2010 únicamente lo que consta en el Hecho Probado Vigésimo:

"VIGÉSIMO.- En 2010 se inició el proceso de abandono de la partida presupuestaria 440 "Transferencias de financiación al IFA-IDEA", y del uso del Convenio Marco de 17 de julio de 2001, presupuestándose los créditos para las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, en las partidas adecuadas para la concesión de subvenciones de esta naturaleza."

Y de la misma forma, se suprimió la referencia al importe de lo dispuesto en este ejercicio.

No consta un fallo absolutorio expreso, pero sí implícito respecto de los hechos del año 2010. No puede interpretarse de otra manera lo acontecido. Resulta evidente que tales hechos fueron objeto de enjuiciamiento y que por mor de la decisión del Ministerio Fiscal y el principio acusatorio la sentencia de la Sección Primera obvió en los Hechos Probados y Fundamentos de Derecho los relativos al ejercicio 2010.

28.5.- Asimismo, en cuanto a si la operabilidad de la cosa juzgada abarcaría la condena por el delito de falsedad documental, no resulta ocioso destacar las precisiones que se hacen en la STS 646/2016, de 30-11, al referirse a una cosa juzgada implícita, que transcribimos:

"Pese a su trascendencia, la atención de la dogmática procesal -con la excepción de importantes e imprescindibles aportaciones bibliográficas- se ha centrado de modo preferente en el proceso civil. Debe por ello evitarse el riesgo de importar al proceso penal una excepción que no presenta una identidad sustancial cuando sus efectos se proyectan sobre uno u otro orden jurisdiccional. A diferencia de lo que acontece en el proceso civil, en el orden jurisdiccional penal resulta indiferente la identidad de las partes y la causa petendi. La prohibición del bis in ídem adquiere pleno significado, con independencia de que no exista una identidad de partes entre quienes promovieron la acusación y condena en el primer proceso y quienes lo hagan en el segundo. Igual de irrelevante es la causa petendi, de forma que no se legitima un nuevo proceso por hechos ya enjuiciados cuando la acusación -ya sea pública o privada- se limita a rectificar o matizar los conceptos que, en el primero de los casos, habría justificado el ejercicio del ius puniendi.

Esta singularidad de la cosa juzgada se explica por el hecho de que el objeto del proceso penal es un factum, no un crimen. Y ese objeto se identifica por la persona del acusado y por el hecho delictivo que se le imputa. De ahí que si el hecho y la persona que lo ha ejecutado permanecen invariables, el efecto de cosa juzgada desplegará toda su eficacia, por más que la exacta delimitación de esa identidad objetiva no esté exenta de dificultades. Resulta esencial que en el esfuerzo ponderativo de esa pretendida identidad, de cuyo desenlace va a depender la viabilidad o inviabilidad constitucional de un segundo proceso, se tome en consideración el hecho, no en su dimensión puramente histórica, naturalista, entendida como una sucesión encadenada de acontecimientos, sino en su genuina dimensión jurídica, esto es, como hecho susceptible de ser subsumido en un determinado tipo penal. El hecho que integra el proceso no es otra cosa que una hipótesis fáctica con algún tipo de significado jurídico. Y su adecuado entendimiento no permite transmutar ese objeto, así explicado, en una suerte de objeto normativo, en el que un cambio de calificación jurídica autorizaría un nuevo proceso.

Esa concepción del objeto del proceso permitiría no descartar la existencia -todo lo matizada que se quiera- de una cosa juzgada implícita, que alcanzaría a toda secuencia fáctica abarcada en el juicio histórico pero que, por una u otra razón, la sentencia dictada no ha traducido en términos jurídicos. No se olvide, en fin, que el principio non bis in ídem no sólo protege al investigado frente a una nueva sanción por una conducta ya penada en un anterior proceso, sino que también excluye la exposición pública derivada del sometimiento a



un nuevo proceso, perjuicio que no debería nunca entenderse neutralizado por el sobrevenido consuelo de una sentencia absolutoria."

Y esta sentencia se remite, a su vez y entre otras, a la STS 846/2012, de 5 de noviembre, que incide en que la doble identidad es subjetiva y objetiva, sin tener en cuenta la calificación jurídica o el título por el que se acusó:

"" ... para que opere la cosa juzgada, siempre habrán de tenerse en cuenta cuáles son los elementos identificadores de la misma en el ámbito del proceso penal, y frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir, exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos (STS de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 octubre y 12 de diciembre 1994 , 20 junio y 17 noviembre 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998)"".

Siendo así, con independencia de la calificación jurídica, todos los hechos concernidos a la concesión de la ayuda a ACYCO objeto de enjuiciamiento, quedarían afectos e incorporados al efecto de la cosa juzgada material producido por la STS 749/2022, dictada en la pieza del "procedimiento específico".

En efecto, tal como se precisa en el motivo segundo del recurso interpuesto por Celestino , si el objeto de la condena en aquel procedimiento fue "la concesión de (todas) las ayudas sociolaborales" y "las disposiciones de fondos públicos" para subvenir las "realizadas durante el tiempo en que ... ejerció su cargo", se ha de concluir que el presente procedimiento debe quedar afectado por la fuerza de la cosa juzgada, dada la coincidencia de objetos, al encontrarse entre tales ayudas, las otorgadas a ACYCO y que fueron pagadas mediante disposiciones realizadas durante el tiempo en que el mismo ejerció el cargo.

No obsta a tal conclusión el hecho de que en el PROA 1965/17 AP 1ª la concesión y pago de todas las ayudas fuese calificada como concurso medial de delitos continuados de prevaricación y malversación, mientras que en este PROA 11185/17 AP 3ª la concesión y pago de la ayuda a ACYCO ha sido calificada como concurso medial de delitos continuados de prevaricación, malversación y falsedad en documento oficial.

Una cosa son los hechos y otra su calificación jurídica.

Y lo cierto es que, si entre los hechos relacionados con el trámite de concesión de las ayudas a ACYCO alguno ha sido jurídicamente entendido en la sentencia como constitutivo de falsedad en documento oficial [además de prevaricación y malversación], ello no empecé al entendimiento fundamental de que, en el procedimiento antecedente, ya fueron juzgados esos mismos hechos relacionados con el trámite de concesión de todas las ayudas y entre ellas -desde luego- la concedida a ACYCO.

Que en ese procedimiento antecedente no hubiera debate [ni, por tanto, posible condena] en cuanto a que tales hechos -la concesión de todas las ayudas y entre ellas la de ACYCO- pudieran ser jurídicamente entendidos como delito de falsedad obedeció a una opción de la acusación, que sencillamente no calificó los hechos en tales términos ni debatió o probó en juicio que éstos (además de prevaricación y malversación) pudieran constituir delito de falsedad.

Por tanto, en nada afecta al efecto de cosa juzgada material la circunstancia de que en la sentencia recurrida haya un grupo de hechos (apartado quinto del factum) que, estando directamente relacionados con la tramitación de una de las ayudas concedidas a ACYCO, venían calificados y por ellos se ha condenado al Sr. Celestino -en concurso con prevaricación y malversación- por un delito de falsedad en documento oficial.

Lo único relevante son los hechos, no su calificación jurídica; y la realidad es que, tal como viene definitivamente establecido a través de la STS 749/22, el Sr. Celestino fue ya juzgado y condenado en el PROA 1965/17 AP 1ª por los hechos relacionados con la concesión y pago de todas las ayudas y entre ellas las de ACYCO; y por tanto, fueren como fueren tales hechos calificados allí, lo cierto es que ya no podía volver a ser juzgado por esos mismos hechos aquí: se calificaren éstos como se calificaren ahora.

VIGÉSIMO NOVENO.- Motivo primero recurso de Modesto .

Por infracción de precepto constitucional, art. 5.4 LOPJ y art. 852 LECrim, por vulneración del derecho a un proceso con las debidas garantías.

29.1.- El recurrente hace referencia a la STS 749/2022, de 13-9, resolviendo los recursos de casación interpuestos contra la sentencia 490/2019, de 19-11, dictada por la Audiencia Provincial, Sección 1ª, en la Pieza del denominado "procedimiento específico" y que supuso el enjuiciamiento de las autoridades y funcionarios implicados en el sistema instaurado para la concesión de las ayudas a las empresas y socio-laborales.

Según el recurrente, la delimitación del objeto del proceso que realizó esta Excma. Sala en esa sentencia y su proyección en las piezas separadas por las ayudas individuales en virtud del principio o excepción de cosa



juzgado y non bis in idem tienen vocación de extenderse a todas las piezas por lo que el juicio celebrado en esta pieza ACYCO se conformó procesalmente con partes que no hubieron de haber participado. Y a tal efecto reproduce parte de las consideraciones que sobre esta cuestión se hacen en el Fundamento de Derecho Tercero de la STS 749/2022 (Motivos en los que se invoca la vulneración del principio acusatorio a través del cauce casacional del art. 852: Delimitación del objeto del proceso).

A partir de lo anterior y sin un adecuado desarrollo argumental, solicita la nulidad de la sentencia pues dice que "El Tribunal Provincial ... toma en consideración tanto para el factum, como en su fundamentación jurídica y para el juicio de autoría y participación las manifestaciones de los acusados que usaron de su derecho a declarar y contestar a las preguntas de las partes. De la misma manera toma en consideración las manifestaciones del Sr. Dionisio a través de la lectura de su declaración, diligencia inoportuna dado el tenor de la sentencia firme del Alto Tribunal."

29.2.- La alegación del recurrente no debe ser compartida.

En primer lugar, que cuando se enjuician los hechos por esta pieza ACYCO no se había dictado todavía la STS 479/2022 ni, por tanto, este Tribunal Supremo se había pronunciado en tales términos.

En segundo, que los eventuales efectos por cosa juzgada y non bis idem se proyectan sobre aquellos que hayan podido ser sometidos a un doble enjuiciamiento que, en el caso que nos ocupa, serían los acusados Calixto y Celestino, pero no sobre el recurrente que no fue juzgado en el "procedimiento específico" y únicamente lo ha sido en esta pieza de ACYCO.

En tercer lugar, que estos dos acusados, enjuiciados en el "procedimiento específico" y también en esta pieza de ACYCO, de no haber sido juzgados en esta última también habrían sido podido ser llamados a declarar sobre los hechos (así habría ocurrido) en la condición procesal que les correspondiera (testigos) y sus declaraciones podrían haber sido valoradas por el tribunal con las cautelas derivadas de esta peculiar situación (a este respecto STS 91/2020, de 3 de febrero, y 413/2020, de 21 de julio, sobre declaración como testigo del coimputado que ya ha sido juzgado). Al igual que se valoran con los requisitos y cautelas necesarias las declaraciones que, como sería el caso, se han prestado en la condición de coimputados o coacusados (sobre aptitud y requisitos para desvirtuar la presunción de inocencia de las declaraciones de coimputados, entre otras, SSTS 532/2019, de 4 de noviembre, 283/2021, de 29 de marzo o 466/2021, de 31 de mayo).

Y en cuarto y último lugar, el recurrente omite cualquier tipo de explicación o razonamiento acerca de en qué medida las declaraciones prestadas por estas dos personas, Calixto y Celestino han resultado incriminatorias para él y han determinado su condena. O dicho de otra manera, que suprimiéndose las declaraciones de estas personas el fallo condenatorio dictado en su contra hubiera mutado en absolutorio. Del mismo modo, no se razona el por qué no es posible utilizar como elemento probatorio, con el valor que corresponda, la declaración de una persona que prestó declaración en instrucción, fue enjuiciado en el "procedimiento específico" y posteriormente falleció sin haber sido acusado en la presente pieza de ACYCO. No se advierte obstáculo legal o jurisprudencial a ello y el recurrente tampoco lo hace valer.

Por lo expuesto, el motivo debe ser desestimado.

TRIGÉSIMO.- VI) Resto de los motivos formalizados por Calixto (motivos cuarto a decimosexto) y Celestino (motivo cuarto).

La estimación de los motivos primero y segundo de Calixto y el primero, segundo y tercero de Celestino, con la consiguiente absolución de los mismos, hace innecesario y sin contenido el resto de los motivos articulados.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- VII) Adhesiones formuladas.

La representación procesal de Garrigues Abogados formula adhesión al recurso de casación del acusado Roque. La representación procesal del acusado Roque plantea, a su vez, adhesión al recurso de Garrigues Asociados. La representación procesal de DCOOP (ACYCO) se adhiere a los motivos formalizados por Garrigues Asociados y al motivo sexto de Inocencio. La representación procesal de Calixto se adhiere a los motivos formalizados por todos los acusados.

Adhesiones que no deberían prosperar, remitiéndonos a lo expuesto en cada uno de los motivos a los que se ha formulado adhesión, en orden a su desestimación.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- VIII) Incidencia en el presente recurso de casación interpuesto, entre otros, por los acusados Calixto y Celestino, contra la sentencia 5/2022, de 12-1, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en la Pieza Separada ACYCO, que condenó al primero como autor de un delito de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial en concurso medial con un delito de malversación, y al segundo como autor de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial



en concurso medial con un delito continuado de malversación, de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional 95/2024, de 3-7, y 101/2024, de 16-7, en los recursos de amparo interpuestos por Celestino y Calixto contra la sentencia 749/2022, de 13-9, dictada en la pieza del "procedimiento específico".

32.1.- La STC 101/2024, recurso de amparo de Calixto (Director General de Trabajo y Seguridad Social desde el 29-4-2008 al 6-4-2010), que se fundó en las siguientes quejas:

- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que fue desestimada y por tanto sin incidencia alguna en el presente recurso.
- Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, presunción de inocencia y tutela judicial efectiva, sin indefensión, por inclusión en la STS de datos no contemplados en la sentencia de instancia (desestimada y sin incidencia alguna).
- Vulneraciones atribuidas a la comunicación pública y anticipada del fallo de la sentencia de casación (desestimada y sin incidencia alguna).

No obstante referida sentencia contiene algunas consideraciones relevantes:

-STC (FD 3.4) El fundamento material de la condena ... no se ciñe de manera exclusiva al uso de un procedimiento de presupuestación y gestión, el de las transferencias de financiación al IFA/IDEA, que conllevara una minoración de controles, supuestamente inadecuada para la acreditación del interés público y el control de los beneficiarios, sino que abarca igualmente la concesión y pago de las ayudas en el periodo en el que ejerció su cargo, como se desprende del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, y de la delimitación del objeto de enjuiciamiento verificado en la sentencia casacional ... "2.3. Hechos enjuiciados en la "pieza específica", por remisión a las consideraciones que se hicieron en el fundamento de derecho 3.4 de la sentencia casacional, donde se establece "que la condena por malversación incluye respecto de cada condenado a todas las disposiciones de fondos públicos realizadas durante el tiempo en que cada uno de ellos ejerció su cargo".

(STC FD 4.2):

"(i) En los fundamentos jurídicos 2.4 y 3.2 y 4 se ha indicado que la Audiencia Provincial fundó la condena del Sr. Calixto por delito de malversación no solo en el hecho de haber seguido utilizando el sistema de gestión de la concesión de ayudas sociolaborales o a empresas en crisis por medio de transferencias de financiación a la agencia IDEA, sino también porque durante todo su mandato ejerció el control sobre el pago de las ayudas, adoptando decisiones personales.

...

La actuación a sabiendas de la inexistencia de finalidad pública en la disposición de fondos venía determinada por el control efectivo en la concesión de ayudas en un periodo en el que una parte de ellas careció de fin público, conforme a relevante prueba testifical, documental y pericial ya referida."

32.2.- STC 95/2024, Celestino (Viceconsejero de Empleo del 29-4-2000 al 25-4-2004, Consejero de Empleo del 25-4-2004 al 22-3-2010 y Presidente del IFA del 6-6-2001 al 28-1-2003).

Articula el amparo (solo en relación a la malversación) en las siguientes quejas:

- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (desestimada, sin incidencia).
- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva (desestimada, sin incidencia).
- Vulneraciones de derechos atribuidas a la comunicación pública y anticipada del fallo de la sentencia de casación (desestimada y sin incidencia alguna).
- Vulneración vinculada a la infracción del principio de legalidad penal, art. 25 CE.

En este extremo se distinguen diversas fases en la articulación de ayudas a empresas y sociolaborales.

- Fase 1990 a 2000 (concesión por la Consejería de Trabajo/Empleo; aplicación presupuestarias programa 22E; concepto 481 "transferencias corrientes a empresas, particulares y entidades sin ánimo de lucro").

Se tramitaban como subvenciones excepcionales sujetas a la normativa estatal y autonómica sobre subvenciones.

- Fase 2000 y 2001.

Se articula mediante modificaciones presupuestarias aprobadas por Consejo de Gobierno a iniciativa Consejería Trabajo/Empleo.



Mismo programa 22E se incluye ahora en la partida presupuestaria 440 (440.12.22 y 440.00.22) "transferencias de financiación al IFA", y no en las partidas que serían así minoradas, 472 "transferencias corrientes a empresas privadas en materia de relaciones laborales, acciones que generan empleo", y 481 "transferencias a familias, e instituciones sin ánimo de lucro, acciones que generan empleo".

Convenios particulares Consejería/IFA y Convenio Colaboración 17-7-2001 Consejería/IFA.

-Fase 2002 a 2010.

Anteproyectos y proyectos leyes de presupuestos 2002 a 2009.

Nuevo programa 31.L.

Partida presupuestaria 440 (440.00 y 51) "transferencias de financiación al IFA/IDEA" (ya adscrito a partir de 2004 a la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa).

IFA/IDEA recogía en su presupuesto de explotación estos importes en "Otros gastos de explotación".

(Aquí se ubicarían las ayudas articuladas a través de las pólizas).

Fase a partir de 2010.

De entrada en 2010 se siguió utilizando este procedimiento específico programa 31.L y concepto 440 sistema de encomiendas de gestión.

Ya se abordó una regulación mediante las Órdenes de la Consejería de Empleo de 1-4-2011, 13-3-2012 y 16-3-2012. Y finalmente por el Decreto-Ley 4/2012, de 16-10, "de medidas extraordinarias y urgentes en materia de protección sociolaboral a extrabajadores andaluces afectados por los procesos de reestructuración de empresas y sectores en crisis".

(Aquí se ubicaría la ayuda sociolaboral, subvención excepcional, para el pago de la minuta Garrigues).

32.3.- Tacha de vulneración del principio constitucional de legalidad.

El razonamiento del T.C. en s. 95/2024, de 3-7, en el fundamento 3.4.1 - Enjuiciamiento de la subsunción en el delito de malversación de las conductas del recurrente relacionadas con la presupuestación y la gestión de las ayudas comprendidas en el programa 31L-, remitiéndose a la s. 93/2024, de 19-6, es el siguiente:

"la doctrina de este tribunal establece "con toda claridad que el contenido de los anteproyectos y proyectos de ley no puede ser objeto de control por ningún órgano judicial" y que "[e]xcluir de esta regla a la jurisdicción penal no solo conlleva desconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional que se deriva del art. 9.1 CE en relación con el art. 1.1 LOTC y que expresamente se encuentra formulado en los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC, sino también la interdicción de la aplicación extensiva o análogica de las normas penales, inherente al principio de legalidad penal (art. 25.1 CE)".

Las resoluciones impugnadas, al considerar que los anteproyectos de leyes de presupuestos en cuya tramitación participó el actor establecían un sistema de presupuestación "indebido" o "ilegal", causalmente determinante de la posterior malversación, han realizado un control jurídico del contenido de los actos de iniciativa legislativa del Gobierno que les estaba constitucionalmente vedado. El ejercicio de ese control jurídico indebido produce, por sí solo, una subsunción completamente imprevisible en el tipo penal de la malversación, pues nadie puede esperar razonablemente que será penalmente condenado por la ilegalidad de un acto cuyo contenido no es susceptible de ser fiscalizado por la jurisdicción penal.

(ii) El juicio de ilegalidad que las sentencias impugnadas efectúan del sistema de presupuestación contemplado en los anteproyectos y proyectos de leyes de presupuestos desconoce, igualmente, que dichas iniciativas legislativas carecen de cualquier eficacia jurídica ad extra mientras no sean aprobadas por el Parlamento, momento en el que adquieren rango de ley y a partir del cual han de considerarse válidas, sin que puedan constituir la fuente de actos de disposición ilícita de caudales públicos a efectos de condenar por delito de malversación.

Como también señaló la STC 93/2024, FJ 4.4.1 B), considerar que "la intervención del Parlamento en la aprobación del presupuesto es meramente formal, hasta el punto de concluir que no puede entenderse aprobado el sistema de presupuestación expresamente previsto en la ley al considerar que este sistema había sido establecido ilegalmente por el Gobierno en el proyecto de ley" implica "privar de toda relevancia a la aprobación parlamentaria de la ley" y "desconocer la centralidad del Parlamento andaluz en el entramado institucional diseñado estatutariamente", lo que es contrario a los "principios que rigen nuestro sistema constitucional, en particular los que otorgan la centralidad al Parlamento en la conformación del Estado".



La aprobación de anteproyectos y proyectos de leyes no puede considerarse, por tanto, un acto con eficacia jurídica ad extra desvinculada de su posterior aprobación parlamentaria; no es susceptible, por ello, de subsunción mínimamente previsible en la modalidad activa del delito de malversación consistente en sustraer, como pretendida fuente de ilicitud de un determinado sistema de gestión.

b) Intervención en la ejecución de las ayudas. De otro lado y como se ha apreciado en la STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 5.3 A), el hecho de que el referido sistema de presupuestación, y en particular las transferencias de financiación comprendidas en la partida 440 del programa 31L, fuera aprobado en las sucesivas leyes de presupuestos de Andalucía de los años 2002 a 2009 tiene asimismo incidencia en la consideración como conductas de malversación de las actuaciones de ejecución de las ayudas realizadas por el Sr. Celestino bajo tales leyes.

En las referidas leyes de presupuestos y las memorias que las acompañan se preveía expresamente que la concesión de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis del programa 31L se efectuara mediante la firma de convenios particulares; también se contemplaba de forma explícita que el pago de las ayudas concedidas se materializara mediante transferencias de financiación a IFA/IDEA. En consecuencia, las determinaciones contenidas en dichas leyes de presupuestos en relación con el régimen de concesión y control financiero de las ayudas sociolaborales o a empresas en crisis (en concepto de "transferencias de financiación") no podían ser calificadas de ilícitas o ilegales.

Con estas premisas, no puede estimarse en modo alguno previsible, desde la óptica propia del art. 25.1 CE, que la ejecución por parte de una autoridad o funcionario público de las determinaciones contenidas en leyes de presupuestos aprobadas por un Parlamento pueda dar lugar a una condena penal por delito de malversación, por más que esas determinaciones impliquen, de facto, la supresión de los controles y procedimientos propios del régimen de las subvenciones. Nadie puede prever razonablemente que vaya a ser condenado por delito de malversación, esto es, por la disposición ilícita de caudales o efectos públicos, por realizar conductas que tienen cobertura en una norma con rango de ley que regula específicamente el supuesto de hecho al que ese individuo se enfrenta en su calidad de autoridad o funcionario público, pues tal ley, en tanto no sea declarada inconstitucional, ha de considerarse válida.

En suma, no resulta compatible con el derecho a la legalidad penal sustentar la condena del recurrente como autor de un delito de malversación en su intervención activa en la concesión de concretas ayudas en tanto se sujete a la previsión de las sucesivas leyes de presupuestos de uso de las transferencias de financiación para el pago de ayudas sociolaborales a través del instrumento de los convenios particulares."

Y añade:

"(ii) Por las mismas razones ha de considerarse imprevisible la subsunción en la norma penal del deber de actuar supuestamente infringido por el recurrente de evitar las irregularidades que se consumaban en la gestión de las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis como consecuencia del "indebido" sistema de presupuestación. Si esas irregularidades eran, como es la tesis de las sentencias impugnadas, la consecuencia necesaria del sistema de presupuestación del programa 31L y este había sido aprobado en las sucesivas leyes de presupuestos, el recurrente no tenía la obligación de oponerse a esas supuestas ilegalidades, pues no puede establecerse, como omisión sancionada en el delito de malversación, una exigencia de actuación contra legem, esto es, una obligación de actuar para impedir la realización de actos que tienen expresa cobertura en las leyes de presupuestos en vigor. Tal cosa equivaldría a considerar que la conducta exigible al recurrente de amparo era impedir la aplicación, por parte de las autoridades y funcionarios competentes, de las previsiones expresamente contempladas en una norma con rango de ley.

Es importante reseñar, finalmente, que para alcanzar las conclusiones anteriores no es preciso pronunciarse sobre la eventual relación normativa de antinomia o complementariedad que pudiera existir entre el sistema de presupuestación establecido para las ayudas sociolaborales en las sucesivas leyes de presupuestos de los años 2002 a 2009 y las disposiciones previstas en otras normas de rango legal, como la Ley 5/1983, de 19 de julio, de hacienda pública de Andalucía o la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones. Las sentencias de instancia y casación son claras al considerar que existe una correspondencia absoluta entre el sistema de presupuestación aprobado por las leyes presupuestarias y el consiguiente sistema global de gestión de los fondos públicos sin sujeción al régimen de las subvenciones, rechazando, en diversos pasajes, que uno y otro puedan ser desconectados, ya que son eslabones sucesivos en la materialización de una ilegalidad originaria, contenida en el sistema de presupuestación inicialmente establecido. Es esa tesis de los órganos judiciales la que es objeto de escrutinio en este punto y la que conduce, como se ha expresado, a apreciar que se ha producido una subsunción completamente imprevisible en el delito de malversación. A ella, por tanto, ha de ceñirse nuestro enjuiciamiento.

La jurisdicción que nos corresponde ejercer en este proceso constitucional se circunscribe a la revisión de una condena penal desde la perspectiva tuitiva que es propia del derecho a la legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE). Basta, por ello, con constatar que las leyes de presupuestos de los años 2002 a 2009 -que no fueron impugnadas ni cuestionadas ante este tribunal y que establecieron el sistema de presupuestación que las sentencias impugnadas consideran la fuente de todas las ilegalidades en la posterior concesión de las ayudas- estaban en vigor y amparaban el modo de gestión globalmente seguido para conceder las ayudas sociolaborales y a empresas en crisis a través de transferencias de financiación a la agencia IFA/IDEA.

Ha de estimarse, por ello, vulnerado el derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE) en lo que se refiere a la forma global de gestión que el recurrente habría propiciado: (i) al participar en la tramitación de los anteproyectos de leyes de presupuestos de 2002 a 2004, de los proyectos de leyes de presupuestos de 2005 a 2008 y en la tramitación de las modificaciones presupuestarias efectuadas para los ejercicios de 2002, 2005, 2006, 2007 y 2008; (ii) al firmar los convenios particulares de colaboración en 2002 y hasta el 28 de enero de 2003 o intervenir en la decisión sobre la concesión de ayudas al amparo del programa 31L a partir de 2002; y (iii) al no impedir que siguiera el sistema de presupuestación que permitía por la vía de las transferencias de financiación minorar los controles en la concesión de las ayudas."

En definitiva, la idea central de la STC es que no pueden reputarse como malversadoras (ni prevaricadoras) las conductas de concesión de ayudas sustentadas en exclusiva, en el sistema de presupuestación y transferencias de financiación implantado por las leyes de presupuestos que contemplaban el programa 31.L.

32.4.- Tacha de vulneración del principio constitucional de legalidad desestimada.

- No obstante lo anterior, el propio Tribunal Constitucional realiza una importante matización en el fundamento de derecho 3.4.2., desestimando la vulneración del derecho a la legalidad penal -además de los actos de presupuestación y gestión realizados antes de que las leyes de presupuestos hubieran incorporado el concepto de transferencias de financiación al IFA/IDEA como instrumento apto para la concesión y pago de ayudas sociolaborales y a empresas en crisis, esto es, de la forma global de gestión al margen de la normativa sobre subvenciones, de las ayudas comprendidas en el programa 22E, derivada de las modificaciones presupuestarias de fecha 18-4-2000, 28-7-2000, 18-9-2001 y 13-11-2001, en las que el recurrente intervino en calidad de Viceconsejero de Empleo, así como la suscripción del Convenio Marco de 17-7-2001 y de los Convenios particulares que instrumentaron el pago de ayudas en los años 2000 y 2001, en los que el demandante intervino en calidad de presidente del IFA-. -en las disposiciones de fondos ordenadas en el ámbito de la Consejería de Empleo, en la que ocupó cargos de dirección preeminentes en el tiempo en que se desarrollaron las conductas enjuiciadas, bajo la vigencia de las leyes de presupuestos que incorporaban tales aplicaciones en el programa 31L, "pero que excedieron su ámbito de cobertura en tanto que se hicieron en ausencia de fin público o para fines distintos de los previstos en dicho programa". - Con expresa referencia en el apartado c) del hecho probado 22, a pólizas suscritas con directivos de la empresa Santana "y en otras posibles disposiciones desviadas".

Por tanto, se deja abierta la posibilidad de análisis de cada una de las ayudas concedidas y se centra la eventual ilegalidad penal en "el apartamiento, en la concreta concesión de los fondos, de los fines públicos previstos en las sucesivas leyes de presupuestos para el programa 31L. La aplicación de los caudales a fines no previstos en el citado programa carecía, en tal medida, de cobertura en las leyes de presupuestos."

La sustracción de caudales públicos que sanciona el art. 432 CP puede consistir en el apartamiento total y absoluto de los trámites y controles legalmente exigidos para su gestión, en ausencia de los cuales se materializa una gestión libérrima y arbitraria que no puede estimarse, por concepto, que atienda a ninguna finalidad que pueda reputarse pública.

32.5.- Debemos por ello analizar los datos y circunstancias que se recogen en los hechos probados de la sentencia de instancia para valorar y determinar esa eventual incidencia.

32.5.1.- Así, tenemos los hitos fácticos que jalonan la secuencia inicial de los hechos (2003 y 2004).

1) No hay, por supuesto, ningún tipo de convocatoria pública, con presupuestos de concesión ni criterios de selección. No publicidad, ni vocación de generalidad ni concurrencia.

2) No se identifica ningún criterio objetivo de selección de ACYCO como beneficiaria de la ayuda, en detrimento de otras empresas y trabajadores en situaciones similares.

Tan solo se hace referencia, pero ello es muy significado, a una "relación de confianza entre los empleados".

3) No hay solicitud por ACYCO.



- 4) No hay resolución de concesión por la DGT y SS; obviamente, no hay publicación en BOA y no se anota Base Datos subvenciones ni en sistema contable.
- 5) Ningún tipo de formalidad análoga a la que rige para las subvenciones: a) no presentación declaración de no ser beneficiaria de otras ayudas o subvenciones; b) no informe o memoria de DGT y SS de concurrencia de finalidad pública o razones de interés social; c) no aprobación previa ni por Consejo de Gobierno ni por el Consejo Rector IFA; d) no declaración por ACYCO de estar al corriente obligaciones fiscales o no haber recaído resolución administrativa o judicial de reintegro.
- 6) "Se obvió la posibilidad de acogerse a ayudas establecidas en el marco normativo vigente a la fecha de la concesión de la ayuda".
- 7) Connivencia existente entre los acusados para obtener un beneficio económico a costa del erario público, asumiendo la DGT y SS unos compromisos que correspondían a la empresa beneficiada y unos gastos de adquisición que no tenían por qué haber asumido.
- 8) La entidad aseguradora Personal Life no tenía autorización para operar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- 9) La entidad mediadora Vitalia no tenía autorización para operar como correduría de seguros.
- 10) La entidad Vitalia es elegida como mediadora, sin ningún tipo de concurrencia con otras empresas del sector y en base a una relación de confianza entre los implicados.
- 11) Como tomadora de la póliza NUM000 figura la "Asociación 3 de julio" (para liberar de responsabilidad a ACYCO) y de la NUM001 "Vitalia" (cuando los pagos los realiza la DGT y SS).
- 12) El coste de la mediación fue un 10% superior al del mercado, lo que redundó en beneficio directo de Vitalia.
- 13) Ni en el Protocolo de Colaboración entre DGT y SS y ACYCO, ni en Convenio de Colaboración DGTSS y IFA, se indica suma a subvencionar, ni plazo de ejecución, ni actividad subvencionada, ni secuencia o requisitos de pago, ni necesidad de ACYCO de justificar finalidad de la ayuda, ni mecanismo de control por la DGT y SS.
- 14) Se incluye como beneficiarios a "dos intrusos", en base a las relaciones personales con el Director General de Trabajo y SS.
- 15) Por la DGT y SS no se hace ningún seguimiento de la finalidad de la ayuda ni de la actividad de ACYCO.
- 16) En definitiva, ni ACYCO ni sus socios mayoritarios pagaron cantidad alguna de las indemnizaciones pactadas a favor de los trabajadores acogidos al ERE y que habían sido asumidas por la empresa.

32.5.2.- Fase posterior. Incidencias de ejecución y la secuela de la subvención para el pago de la minuta de Garrigues.

- 1) Ante el hecho de que el primer plazo de pago de la póliza era anterior al Convenio de Colaboración DGT y SS y IFA, se elaboró una factura que emitía la "Asociación 3 de julio" y se suscribió una Adenda, la factura no la emitió la Asociación y la factura y la Adenda faltan a la verdad al afirmar que la Asociación había adelantado el pago. Se pagó la factura y el IVA con un sobrecargo de 33.600 €.
- 2) Suscripción de una nueva póliza NUM012 (tomadora la "Asociación 3 de julio") para incluir a tres nuevos trabajadores beneficiarios, entre los que se encontraba Patricia, Presidenta del Consejo de Administración de ACYCO, (sin ningún tipo de expediente o resolución vía de hecho y mera voluntad de la autoridad los beneficiados, al obedecer exclusivamente a que Patricia había causado baja por agotamiento en la percepción por subsidio de desempleo).

EPM fue incluida en el ERE extintivo de Acyco del año 2003 y percibió las prestaciones relativas a su jubilación por ser asegurada y beneficiaria de las pólizas NUM000 y NUM012 que supuso una ampliación de las prestaciones de la primera respecto de ella, obteniendo así un total de 276.505,92 euros brutos.

Pese a estar incluida en el ERE, permaneció como Presidenta del Consejo de Administración de ACYCO hasta la Junta celebrada el 18-3-2011, en la que se aceptó su dimisión, percibiendo hasta ese momento dietas por asistencias a las sesiones de los Consejos de 36.000 € en 2004, 24.000 € en 2005, 48.000 € en 2006, 36.000 € en 2007, 24.000 € en 2008, 460 € en 2009 y 98.995 € en 2010, lo que supone unos ingresos totales por ese concepto de 318.455 €, muy superior a lo que percibía de Acyco antes del ERE; ingresos que compatibilizó con las percepciones recibidas (276.505,92 €).

- 3) Minuta del despacho de Abogados Garrigues por importe de 109.620 €, que es pagada por la DGT y SS. El Director General lo asume debido "a las buenas relaciones que mantenía con la firma Garrigues".



Garrigues presenta una demanda civil contra ACYCO reclamando la minuta y ACYCO reclama la intervención en el procedimiento de la DGT y SS. Garrigues niega su vinculación con la Administración y ACYCO es condenada a pagar a Garrigues.

Y acceden a una nueva subvención excepcional a pagar por IDEA mediante encomienda de gestión. Está concedida de antemano, la solicitud, se antedata, pues se redacta después a la fecha de la resolución de concesión.

De manera mendaz se dice en la resolución que: "el destino de la ayuda excepcional concedida era la distribución de fondos entre los trabajadores de ACYCO relacionados en el anexo I que se adjuntaba, tratándose de una mera lista de 144 personas, en la que reflejaba su DNI y dirección, pero no la antigüedad en la empresa, categoría ... para paliar la situación de quebranto a los trabajadores por el fallo de liquidez que presentaba la sociedad, garantizando las relaciones laborales existentes".

Es formalmente y en apariencia una "ayuda sociolaboral" y se abonó en una cuenta corriente ajena a ACYCO (titulares 47 socios incluida Patricia) y se pagaron 82.000 €, cantidad de la que Garrigues recibió 80.000 € que consignó en la cuenta del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla a resultas de este procedimiento.

TRIGÉSIMO TERCERO.- Expuesto lo que antecede y ya en relación a esa posible incidencia de las sentencias del T.C. antes citadas, es necesario partir de que aunque el sistema, ello es obvio y debe destacarse por esta Sala casacional, era, cuando menos, discutible, imperfecto, deficiente, laxo, carente de condiciones, anómalo e incluso, objetivamente facilitador de conductas irregulares ajenas al interés público, referido sistema se amparaba en normas con rango de ley, cuya constitucionalidad no fue cuestionada.

Ello implica que todas las ayudas socio-laborales y disposiciones de fondos concedidas, incluidas en el programa 31.L, cuyos destinatarios fueran directa o indirectamente, trabajadores de la empresa ACYCO, estarían comprendidas en la estimación de la vulneración del derecho a la legalidad penal, art. 25.1 CE, por la subsunción imprevisible en los tipos penales de los arts. 404 y 432 CP, pero con la excepción recogida en aquellas sentencias T.C., de las disposiciones de fondos que excedieran su ámbito de cobertura, en tanto que se hicieron en ausencia de fin público o para fines distintos del programa 31.L.

Excepción que en este caso abarcaría:

1º Las ayudas socio-laborales de la póliza NUM001 con introducción de dos primas ajenas a la plantilla de ACYCO ("intrusos"): Eusebio que percibió 109.572,19 € y Ezequiel 113.480,72 €, esto es, un total de 223.052,91 €.

Serían responsables -además de los funcionarios absueltos por cosa juzgada y non bis in idem- Patricia y Inocencio (ACYCO), Modesto y Ovidio (Vitalia), y Roque (abogado Garrigues), como cooperadores necesarios.

2º Suscripción de la Adenda al Convenio de 10-2-2004 para abono de un supuesto adelanto efectuado por 7 socios de ACYCO para el pago de las pólizas de prejubilación, justificando su abono mediante una factura mendaz que incluía pago de un IVA no soportado (243.600 €).

Serían responsables -además de los funcionarios absueltos- como cooperadores necesarios, Patricia, Inocencio y Roque. No lo sería Modesto, al que la sentencia excluye "por cuanto ningún beneficio se derivó de la Adenda a su favor, ni tampoco a Vitalia, ni intervino en la elaboración, presentación o cobro de la factura falsa abonada por IFA/IDEA...".

3º Inclusión en el ERE de Patricia, Presidenta del Consejo de Administración de ACYCO hasta la Junta de 18-3-2011, y que percibió las prestaciones relativas a su prejubilación por ser asegurada y beneficiaria de las pólizas NUM000 y NUM001, obteniendo un total de 276.505,92 €, que compatibilizó con las dietas por asistencia a los Consejos, por un total de 318.455 €.

Inclusión que se llevó a cabo, sin ningún tipo de expediente o resolución, por mera voluntad de la beneficiaria, al obedecer al hecho de que Patricia había causado baja por agotamiento de la percepción de subsidio de desempleo.

Serían responsables -además del funcionario absuelto- la propia Patricia, Inocencio, Modesto y Ovidio.

4º La concesión de una nueva ayuda, con una incierta motivación social de mantenimiento de 144 puestos de trabajo, cuando en realidad, era para el abono de la minuta del abogado de Garrigues por su intervención en los ERES, de 109.620 €, a través de una subvención excepcional, concedida de antemano, abonando la Junta un total de 82.000 € (75% del total) de los que Garrigues recibió 80.000 €, cantidad que Garrigues ha consignado a resultas de la causa, y que DCOOP (entidad absorbente de ACYCO) ha devuelto a la Junta de Andalucía.



Limitación a las conductas delictivas que han de tener su incidencia en la responsabilidad civil de cada acusado y en la responsabilidad civil subsidiaria de Garrigues Asociados y DCOOP (antes ACYCO):

Así, Patricia respondería de un total de 743.158,28 € (no se incluye la cantidad correspondiente por asistencia a Consejos de ACYCO, al ser esta sociedad y no la Junta, la perjudicada, en su caso).

Inocencio , en la misma cantidad, 743.158,28 €.

Modesto , en 499.558,83 €.

Roque , en 743.158,28 €.

Ovidio , en 223.052,96 €.

A J&A Garrigues SLP se le mantiene la condición de responsable civil subsidiario respecto de la indemnización a pagar por Roque , y así como la de DCOOP (ACYCO) por la indemnización a cargo de Patricia y Inocencio a favor de la Junta de Andalucía.

TRIGÉSIMO CUARTO.- Referida limitación en cuanto a las conductas delictivas que han de suponer igualmente una rebaja en las penas privativas de libertad impuestas, partiendo que en todos los condenados concurren la rebaja penológica prevista en el art. 65.3 dada su condición de cooperadores necesarios y la atenuante de dilaciones indebidas.

Así, respecto a Patricia y Roque , en los que la Audiencia apreció una actuación principal en la comisión de los delitos apreciados, se estima adecuada la de 4 años de prisión y 6 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.

A Inocencio se le mantiene la pena mínima de 3 años, 6 meses y 1 día de prisión, y 5 años y 1 día de inhabilitación absoluta.

A Modesto , dada su intervención principal en la determinación y ejecución de la ayuda concedida a Acyco con la inclusión de los intrusos, se le impone la pena de 3 años y 9 meses de prisión, y 5 años y 6 meses de inhabilitación absoluta.

A Ovidio se le mantiene la pena mínima de 2 años de prisión, y 5 años de inhabilitación absoluta.

TRIGÉSIMO QUINTO.- MALVERSACIÓN Y ESPECIAL GRAVEDAD

El art. 432.2 CP, redacción vigente en la ocurrencia de los hechos disponía: Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años "si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público".

El problema que se nos plantea es que concretada la cantidad malversada en 743.158,28 €, es aplicable este tipo agravado.

La jurisprudencia de esta Sala no había dado respuesta a la cuestión suscitada con la deseable conformidad. Algunas resoluciones habían admitido una interpretación que convertía la conjunción "y" en disyuntiva. De esta manera existen precedentes que no habían estimado necesaria la concurrencia conjunta de las dos agravantes, esto es, la especial gravedad y el entorpecimiento al servicio público (SSTS 1764/2002, de 28-10; 79/2007, de 7-2; 381/2007, de 24-4). Son muchos más los casos en los que decíamos que era precisa la suma de ambos criterios de agravación (SSTS 616/2002, de 13-4; 1094/2011, de 27-10; 424/2012, de 21-5; 806/2014, de 23-2), hasta el punto que podría estimarse la doctrina jurisprudencial mayoritaria.

Una tercera tesis intermedia o integradora ha venido proclamando que la norma obliga a atender a los dos factores conjuntamente: la elevada cuantía de la malversación y el daño o entorpecimiento del servicio público, pero "...en ocasiones de la abultada cifra malversada puede derivarse, sin más, la inevitable incidencia en el servicio público a que estaban adscritos esos fondos". (SSTS 1919/2013, de 22-3; 784/2012, de 5-10).

El efecto negativo para el servicio público que tenga la acción depredadora será normalmente proporcional al monto del caudal sustraído y la importancia relativa de este. Estaría a su vez, determinada, por el nivel económico de la entidad pública afectada y por las necesidades que la misma debe atender. La relatividad de los conceptos y su interdependencia, señala la STS 616/2002, de 13-4, dificulta inevitablemente la interpretación del tipo en términos abstractos y generales, y por ello en su aplicación tendrán los jueces que decidir, caso por caso, orientados únicamente por los dos criterios ofrecidos en el precepto.

En el supuesto concreto que nos ocupa, la cantidad malversada, más de 743.000 €, cumple con los anteriores presupuestos, máxime cuando la reforma operada por LO 1/2015, de 30-3, en la nueva redacción del art. 432.1.3 mantiene las mismas penas de prisión de 4 a 8 años e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años, pero



previene que si en los hechos a que se refieren los números anteriores concurren "alguna" de las circunstancias siguientes:

- a) Se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público "o"
- b) El valor del perjuicio causado o de los bienes apropiados excediere de 50.000 €.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 €, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

De lo anterior se deduce que basta la concurrencia de una de las circunstancias para la aplicación de las agravaciones previstas.

La reforma LO 14/2022, de 27-12, no modifica las anteriores cantidades, ni que para la aplicación de los tipos agravados basta la concurrencia de un solo de los criterios de agravación, al emplear la conjunción disyuntiva "o".

Siendo así, la cantidad defraudada en el caso presente, 743.158,28 €, supone casi el triple de lo establecido para la agravación cualificada (250.000 €).

TRIGÉSIMO SEXTO.- Estimándose parcialmente los recursos de casación interpuestos, procede declarar las costas de oficio (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Estimar parcialmente los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de Modesto, Calixto, Roque, Celestino, Patricia, Ovidio, Inocencio; y de los responsables civiles subsidiarios: **DCOOP (absorbente de ACYCO)**, y **GARRIGUES ABOGADOS**, contra la sentencia nº 5/2022, de fecha 12 de enero de 2022, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 11185/2017.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura

RECURSO CASACION núm.: 2938/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.ª Ana María Ferrer García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 29 de noviembre de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2938/2022, interpuesto por Modesto , Calixto , Roque , Celestino , Patricia , Ovidio , Inocencio ; y por los responsables civiles subsidiarios: **DCOOP (absorbente de ACYCO)**, y **GARRIGUES ABOGADOS**, contra la sentencia nº 5/2022, de fecha 12 de enero de 2022, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 11185/2017, en causa seguida por delitos de malversación, prevaricación, tráfico de influencias y falsedad, sentencia que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tal como se ha razonado en la sentencia antecedente, procede:

- Absolver a Celestino del delito continuado de prevaricación y del delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de malversación por concurrir cosa juzgada, declarando de oficio las 3/32 partes de las costas procesales.
- Absolver a Calixto del delito de prevaricación y del delito de falsedad documental en concurso medial con el delito de malversación por concurrir cosa juzgada, declarando de oficio las 3/32 partes de las costas procesales.
- Condenar a Patricia como cooperadora necesaria de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, y la aplicación del art. 65.3 CP, a la pena de cuatro años de prisión, seis años y seis meses de inhabilitación absoluta, y pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 743.158,28 €.
- Condenar a Roque como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, y la aplicación del art. 65.3 CP, a la pena de cuatro años de prisión, seis años y seis meses de inhabilitación absoluta, y pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 743.158,28 €.
- Condenar a Inocencio como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, y la aplicación del art. 65.3 CP, a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión, cinco años y un día de inhabilitación absoluta, y al pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 743.158,28 €.
- Condenar a Modesto como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, y la aplicación del art. 65.3 CP, a la pena de tres años y nueve meses de prisión, cinco años y seis meses de inhabilitación absoluta, y al pago de 2/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 499.558,83 €.
- Condenar a Ovidio como cooperador necesario de un delito de malversación de caudales públicos, ya definido, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, y la aplicación del art. 65.3 CP, a la pena de dos años de prisión, cinco años de inhabilitación absoluta, y al pago de 1/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 223.052,91 euros.



- Declarar responsable civil subsidiario al despacho profesional A&J GARRIGUES S.L.P. respecto de la indemnización a la Junta de Andalucía a la que ha sido condenado Roque .
- Igualmente, declarar responsable civil subsidiario a la entidad DCOOP respecto de la indemnización a la Junta de Andalucía a la que han sido condenados Patricia y Inocencio .

Todas las sumas antes indicadas, devengarán el interés legal del art. 576 de la L.E.C.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido
Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, la Sala acuerda:

- Absolver a Celestino del delito continuado de prevaricación y del delito de falsedad en documento mercantil en concurso medial con un delito de malversación por concurrir cosa juzgada, declarando de oficio las 3/32 partes de las costas procesales.
- Absolver a Calixto del delito de prevaricación y del delito de falsedad documental en concurso medial con el delito de malversación por concurrir cosa juzgada, declarando de oficio las 3/32 partes de las costas procesales.
- Condenar a Patricia como cooperadora necesaria de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, y la aplicación del art. 65.3 CP, a la pena de cuatro años de prisión, seis años y seis meses de inhabilitación absoluta, y pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 743.158,28 €.
- Condenar a Roque como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, y la aplicación del art. 65.3 CP, a la pena de cuatro años de prisión, seis años y seis meses de inhabilitación absoluta, y pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 743.158,28 €.
- Condenar a Inocencio como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación y un delito de falsedad en documento oficial, ambos en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, y la aplicación del art. 65.3 CP, a la pena de tres años, seis meses y un día de prisión, cinco años y un día de inhabilitación absoluta, y al pago de 3/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción, y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 743.158,28 €.
- Condenar a Modesto como cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definidos, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, y la aplicación del art. 65.3 CP, a la pena de tres años y nueve meses de prisión, cinco años y seis meses de inhabilitación absoluta, y al pago de 2/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 499.558,83 €.
- Condenar a Ovidio como cooperador necesario de un delito de malversación de caudales públicos, ya definido, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas, y la aplicación del art. 65.3 CP, a la pena de dos años de prisión, cinco años de inhabilitación absoluta, y al pago de 1/32 partes de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular en dicha proporción y que indemnice conjunta y solidariamente con los demás condenados a responsabilidad civil a favor de la Junta de Andalucía en 223.052,91 euros.
- Declarar responsable civil subsidiario al despacho profesional A&J GARRIGUES S.L.P. respecto de la indemnización a la Junta de Andalucía a la que ha sido condenado Roque .
- Igualmente, declarar responsable civil subsidiario a la entidad DCOOP respecto de la indemnización a la Junta de Andalucía a la que han sido condenados Patricia y Inocencio .

Todas las sumas antes indicadas, devengarán el interés legal del art. 576 de la L.E.C.



Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ