

SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

Avda. Menéndez Pelayo 2
Teléfono: 600.157.507

NIG: 4109143P20156000207

Nº Procedimiento: **Procedimiento Abreviado 11185/2017 (PIEZA ACYCO)**

Negociado: 1A

Proc. Origen: Procedimiento Abreviado 212/2016

Juzgado Origen: JUZGADO DE INSTRUCCION Nº6 DE SEVILLA

Contra: AGUSTIN BARBERA SALVADOR, MIGUEL ANGEL SERRANO AGUILAR, JUAN MARQUEZ CONTRERAS, GABRIEL B. R., ENCARNACION P. M., ANDRES C. M., DANIEL ALBERTO RIVERA GOMEZ, FRANCISCO JAVIER GUERRERO BENITEZ, JOSE MIGUEL C. R., JESUS B. R., ANTONIO A. M., ANTONIO FERNANDEZ GARCIA

Procurador: SALUD JIMENEZ GUTIERREZ, JAVIER OTERO TERRON, ISABEL MARIA MIRA SOSA, JESUS MARIA FRUTOS ARENAS, MIGUEL ANGEL MARQUEZ DIAZ, ANDRES FRANCISCO CASAL PEQUEÑO, VICTOR MANUEL ROLDAN LOPEZ, JAVIER MARIA DIANEZ MILLAN, MAURICIO GORDILLO CAÑAS, BEGOÑA ROTLLAN CASAL, PILAR ACOSTA SANCHEZ, MANUEL IGNACIO PEREZ ESPINA y MARIA FRANCISCA SOULT RODRIGUEZ

Abogado: PEDRO APALATEGUI DE ISASA, MIGUEL DELGADO DURAN, INMACULADA TORRES MORENO, ANSELMO BARRERO RAYA, JAVIER MANUEL GIMENO PUCHE, JOSE ANTONIO LAMA FALCON, JOSE CARLOS PALMA PÉREZ, FERNANDO MARIA DE PABLO DAZA, JORGE AGUILERA GONZALEZ, ALFONSO TIBURCIO MARTINEZ DEL HOYO MARTIN y RAFAEL RAMÍREZ-GARCÍA DEL JUNCO

Ac.Pop./Ac.Part.: PARTIDO POPULAR y JUNTA ANDALUCIA

Procurador: JOSE TRISTAN JIMENEZ

Abogado: LUIS MANUEL GARCIA NAVARRO / LETRADOS JUNTA DE ANDALUCIA

RCSUB: GARRIGUES S.L.P y DCCOP (Absorbente ACYCO)

Procurador: MAURICIO GORDILLO ALCALA y ELISA SILLERO FERNÁNDEZ

Abogado: JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-T

SENTENCIA Nº 5/22

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

D. Ángel Márquez Romero.

Dña. Inmaculada Adelaida Jurado Hortelano.

Dña. María Dolores Sánchez García

En Sevilla, a doce de enero de dos mil veintidós.

Vista en Juicio Oral y público ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial la causa referenciada, seguida por los delitos de **MALVERSACIÓN, PREVARICACIÓN, TRÁFICO DE INFLUENCIAS y FALSEDAD** este Tribunal ha deliberado y resuelto como a continuación se expone.

ANTECEDENTES PROCESALES

PRIMERO.- Han sido partes:

A.- El **MINISTERIO FISCAL**, representado por el Ilmo. Sr. D. Juan Enrique Egocheaga

La acusación particular ejercitada por **LA JUNTA DE ANDALUCÍA** representada por los Letrados de la Junta de Andalucía Dña. María Victoria Gálvez Ruiz y D. Ignacio Carrasco López.

La acusación popular ejercitada por el **PARTIDO POPULAR** representado por el Procurador D. José Tristán Jiménez y defendido por el Letrado D. Luis Manuel García Navarro.

B.- LOS ACUSADOS:

1.- **ENCARNACIÓN P. M.**, con D.N.I. número XXX, nacida en Dos Hermanas (Sevilla), el día 11/06/1947, hija de XXX y de XXX, con domicilio en Calle XXX, Nº XXX, C.P. XXX, Dos Hermanas (Sevilla), sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, en la que ha estado

representada por el Procurador D. Miguel Ángel Márquez Díaz y defendida por el Letrado D. Javier Manuel Gimeno Puche.

2.- **GABRIEL B. R.**, con D.N.I. número XXX, nacido en Sevilla, el día 04/11/1966, hijo de XXX y de XXX, con domicilio en Calle XXX, Nº XXX, La Puebla de Cazalla (Sevilla), sin antecedentes penales y en libertad por esta causa, representado por el Procurador D. Jesús Frutos Arenas y defendido por el Letrado D. Anselmo Barrero Raya.

3.- **FRANCISCO JAVIER GUERRERO BENÍTEZ...** FALLECIDO

4.- **ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA**, con D.N.I. número XXX, nacido en Huelva, el día 16/07/1956, hijo de XXX y de XXX, con domicilio en Calle XXX, Nº XXX, Jerez de la Frontera (Cádiz), sin antecedentes penales y en libertad por esta causa; representado por el Procurador D. Manuel Pérez Espina y defendido por el Letrado D. Alfonso Tiburcio Martínez Del Hoyo Martín.

5.- **JOSÉ MIGUEL C. R.**, con D.N.I. número XXX, nacido en Sevilla, el día 16/09/1964, hijo de XXX y de XXX, con domicilio en Urbanización XXX, Nº XXX, Sevilla, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa; representado por el Procurador D. Mauricio Gordillo Cañas y defendido por el Letrado D. Ignacio Ayala Gómez.

6.- **AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR** con D.N.I. número XXX, nacido en Cádiz, el día 18/02/1958, hijo de XXX y de XXX, con domicilio en Calle XXX, Nº XXX, C.P. XXX, Cádiz, sin antecedentes penales y en libertad por ésta causa; representado por la Procuradora Dña. Salud

Jiménez Gutiérrez y defendido por el Letrado D. Pedro Apalategui De Isaca.

7.- **ANDRÉS C. M.**, Fallecido el 14 de diciembre de 2021

8.- **JESÚS MARÍA B. R.** con D.N.I. número XXX, nacido en Saucelle (Salamanca), el día 29/05/1963, hijo de XXX y de XXX, con domicilio en Calle XXX, Nº XXX, C.P. XXX, Camas (Sevilla), sin antecedentes penales y en libertad por esta causa; representado por la Procuradora Dña. María Begoña Rotllan Casal y defendido por la Letrada Dña. Ángela Nieto Meléndez.

9.- **ANTONIO JOSÉ A. M.** con D.N.I. número XXX, nacido en Guadix (Granada), el día 30 de marzo de 1.959, hijo de XXX y de XXX, con domicilio en Calle XXX, Nº XXX, C.P. XXX, Madrid, sin antecedentes penales y en libertad, por esta causa; representado por la Procuradora Dña. Pilar Acosta Sánchez y defendido por el Letrado D. Jorge Aguilera González.

10.- **MIGUEL ÁNGEL SERRANO AGUILAR** con D.N.I. número XXX, nacido en Huelva, el día 29/09/1958, hijo de XXX y de XXX, con domicilio en Avenida XXX, Nº XXX, C.P. XXX, Sevilla, sin antecedentes penales y en libertad por esta causa; representado por el Procurador D. Javier Otero Terrón y defendido por el Letrado D. Miguel Delgado Durán.

11.- **JUAN MÁRQUEZ CONTRERAS** con D.N.I. número XXX, nacido en Lucena del Puerto (Huelva), el día 28/09/1965, hijo de XXX y de XXX, con domicilio en Calle XXX, Nº XXX, Huelva, sin antecedentes penales y

en libertad por esta causa; representado por la Procuradora Dña. Isabel Mira Sosa y defendido por la Letrada Dña. Inmaculada Torres Moreno.

12.- **DANIEL ALBERTO RIVERA GÓMEZ** con D.N.I. número XXX, nacido en Castro del Río (Córdoba), el día 19/07/1961, hijo de XXX y de XXX, con domicilio en Calle XXX, Nº XXX, C.P. XXX, Aguadulce (Almería), sin antecedentes penales y en libertad por esta causa; representado por el Procurador D. Víctor Manuel Roldán López y defendido por el Letrado D. José Carlos Palma Pérez.

C.- RESPONSABLES CIVILES SUBSIDIARIOS:

1.- **DCCOP** (Absorbente de ACYCO), representado por la Procuradora Dña. Elisa Siller Fernández y defendido por el Letrado D. Carlos Aguilar Fernández.

2.- **GARRIGUES ABOGADOS**, representado por el Procurador D. Mauricio Gordillo Alcalá y defendido por el Letrado D. Javier Sánchez-Vera Gómez Trelles.

SEGUNDO.- El Juicio Oral se celebró los días 9,10 y 14 de septiembre, 19, 20, 21, 26, 27 y 28 de octubre, 3, 4, 9, 10, 11, 16, 17, 18, 23, 24 y 30 de noviembre y 1, 9, 15, 16, 21 y 22 de diciembre de 2020 practicándose con el resultado que consta en autos

TERCERO.- **EI MINISTERIO FISCAL** formuló conclusiones definitivas considerando:

I- Los hechos narrados en el apartado primero son constitutivos de un:

Delito **A continuado de prevaricación** del artículo 404 y 74 del Código Penal en relación de **concurso medial con** un delito **B continuado de malversación de caudales públicos** del artículo 432,1º y 2º del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos anteriormente descritos, por ser más favorable.

-Los hechos descritos en el apartado segundo, son constitutivos de un delito C de **prevaricación** del artículo 404 en relación de **concurso medial con un delito D de falsedad en documento oficial** del artículo 390,4, todos del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de ocurrir los hechos, por ser más favorable.

-Los hechos descritos en el apartado tercero, son constitutivos de un **delito E de malversación del artículo 432,1º en relación de concurso medial con un delito F de prevaricación del artículo 404 y con un delito G de falsedad en documento oficial** del artículo 390.4, todos del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de ocurrir los hechos por ser más favorable.

II- Responden criminalmente conforme al art. 28 del Código Penal.

Delito A de prevaricación continuado, como autor Antonio Fernández; como autor de un delito de prevaricación Miguel Ángel Serrano Aguilar; Como cooperadores necesarios del delito continuado, en calidad de "extraneus", Encarnación P. M., Gabriel B. R., José M. C. R. y Antonio A..

Delito B de malversación continuada, como autor Antonio Fernández y Miguel Ángel Serrano Aguilar y como cooperador necesario en calidad de "extraneus", Encarnación P. M., Gabriel B. R., José M. C. R., Antonio A.; y Andrés C. M. y Jesús B. como cooperadores necesarios de un delito de malversación.

Delito C de prevaricación y Delito D de falsedad en documento oficial, como autor, Juan Márquez, Antonio Fernández y Agustín Barbera; Como cooperador necesario en calidad de "extraneus", Encarnación P. M., Gabriel B. R. y José M. C. R..

Delito E de malversación, delito F de prevaricación y delito G de falsedad en documento oficial, como autor Daniel Alberto Rivera Gómez, y como cooperador necesario en calidad de "extraneus", Encarnación P. M., Gabriel B. R. y José M. C. R..

III- Concorre causa de extinción de la responsabilidad del encausado Francisco J. Guerrero Benítez con motivo de su fallecimiento al amparo de lo establecido en el art. 130,2º del Código Penal.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en ninguno de los restantes encausados.

- Corresponde imponer

A **Antonio Fernández**, por el delito **A** continuado de prevaricación y por el delito **B** continuado de malversación, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 6 años e

inhabilitación absoluta por tiempo de 20 años. Por el delito **C** de prevaricación y por el delito **D** de falsedad en documento oficial,, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 4 años y 6 meses, multa de 18 meses con cuota diaria de 10 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago e inhabilitación especial por tiempo de 4 años.

A **Agustín Barberá** por el delito **C** de prevaricación y por el delito **D** de falsedad en documento oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 4 años y 6 meses, multa de 18 meses con cuota diaria de 10 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago e inhabilitación especial por tiempo de 4 años.

A **Miguel Ángel Serrano Aguilar**, por el delito **A** de prevaricación y por el delito **B** continuado de malversación, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal, una pena de prisión de 6 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 20 años.

A **Encarnación P. M.**, por el delito **A** continuado de prevaricación y por el delito **B** continuado de malversación, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 6 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 20 años. Por el Delito **E** de malversación, delito **F** de prevaricación y delito **G** de falsedad en documento oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 3 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 15 años.

A **Gabriel B. R.**, por el delito **A** continuado de prevaricación y por el delito **B** continuado de malversación, conforme a lo dispuesto en el

artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 6 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 20 años. Por el Delito **E** de malversación, delito **F** de prevaricación y delito **G** de falsedad en documento oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 3 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 15 años.

A José M. C. R. por el delito **A** continuado de prevaricación y por el delito **B** continuado de malversación, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 6 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 20 años. Por el Delito **E** de malversación, delito **F** de prevaricación y delito **G** de falsedad en documento oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 3 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 15 años.

A Antonio A., por el delito **A** continuado de prevaricación y por el delito **B** continuado de malversación, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 6 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 20 años.

A Jesús María B. R., por el delito **B** de malversación, una pena de prisión de 4 años e inhabilitación absoluta por tiempo de 15 años.

A Juan Márquez Contreras, por el delito **C** de prevaricación y por el delito **D** de falsedad en documento oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal, una pena de prisión de 4 años y 6 meses, multa de 18 meses con cuota diaria de 10 euros, con arresto sustitutorio en caso de impago e inhabilitación especial por tiempo de 4 años.

A **Daniel Alberto Rivera Gómez**, Delito **E** de malversación, delito **F** de prevaricación y delito **G** de falsedad en documento oficial, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 del código Penal, una pena de prisión de 4 años y seis meses, e inhabilitación absoluta por tiempo de 15 años.

Responsabilidades civiles

-Por el delito B de malversación, Andrés C. M. deberá restituir a la Junta de Andalucía la cantidad ilícitamente recibida por cuantía de 113.480,72 euros. Jesús M^a. B. R., deberá restituir a la Junta de Andalucía las cantidades recibidas por Andrés C. y Domingo M. por importe total de 223.052,91 euros.

Los demás autores y los cooperadores necesarios del delito B, deberán solidariamente indemnizar a la Junta de Andalucía con la cantidad desembolsada por IDEA para el pago de la prima de la póliza de Acyco, por importe de 2.951.410,84 euros más 24.542,21 euros abonados mediante pago cruzado al margen de la agencia.

-Por el delito E de malversación, no procede pedimento al constar acreditada la devolución de la cantidad de 82.215 euros a la Junta de Andalucía por la sociedad DCOOP, como sociedad absorbente de Acyco.

La entidad J&A Garrigues S.L.P., conforme el artículo 120 4º del CP responderá subsidiariamente de las cantidades exigidas en este concepto al encausado José Miguel C. R. por el **delito B**.

La sociedad DCOOP como sociedad absorbente de Acyco conforme el artículo 120 4º del CP responderá subsidiariamente de las cantidades exigidas a los encausados Encarnación P. y Gabriel B. por el **delito B.**

Costas: a imponer a todos los encausados por partes iguales.

CUARTO.-La acusación particular ejercitada por **La JUNTA DE ANDALUCÍA** formuló las siguientes conclusiones definitivas:

I.-De los hechos descritos responden los acusados del siguiente modo:

A) D. Juan Márquez Contreras responde como autor de los delitos de **prevaricación** -art. 404 C.P. **y malversación** -art. 432 C.P.-

B) D. Antonio Fernández García responde como autor de los delitos, en **continuidad delictiva, de prevaricación** -art. 404 C.P.- y **malversación** -art. 432 C.P.- y del delito de **tráfico de influencias** -art. 428 C.P.-

C) D. Andrés C. M. responde como cooperador necesario de los delitos de **prevaricación** -art. 404 C.P.- **y malversación** -art. 432 C.P.-.

D) D. José Miguel C. R. responde como cooperador necesario de los delitos de **prevaricación** -art. 404 C.P.- **y malversación** -art. 432 C.P.-

E) D. Gabriel B. R. responde como cooperador necesario de los delitos, en **continuidad delictiva, de prevaricación -art. 404 C.P. y malversación -art-. 432 C.P.-**

F) Dña. Encarnación P. M. responde como cooperador necesario de los delitos, en **continuidad delictiva, de prevaricación -art. 404 C.P.- y malversación -art. 432 C.P.-** y como autora del delito de **tráfico de influencias -art. 429 C.P.-**

G) D. Antonio A. M. responde como cooperador necesario de los delitos, en **continuidad delictiva, de prevaricación -art- 404 C.P.- y malversación -art. 432 C.P.-**

H) D. Jesús B. R._responde como cooperador necesario de los delitos, en **continuidad delictiva, de prevaricación -art. 404 C.P.- y malversación -art. 432 C.P.-**

II.-No son autores de tales delitos:

- .D. Agustín Barberá Salvador.
- .D. Daniel Alberto Rivera Gómez.
- .D. Miguel Ángel Serrano Aguilar.

III.- No concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal.

IV- Procede imponer a los acusados las siguientes penas:

A) A D. Juan Márquez Contreras:

- por el delito de prevaricación, siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

-por el delito de malversación, tres años de prisión y seis años de inhabilitación absoluta.

B) A D. Antonio Fernández García:

-Por el delito continuado de prevaricación, nueve años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

-Por el delito continuado de malversación, seis años de prisión y diecisiete de inhabilitación absoluta.

-Por el delito de tráfico de influencias, pena de prisión de seis meses, multa de 817.180,37 euros e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro años.

C) A D. José Miguel C. R..

-Por el delito de prevaricación, tres años y seis meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

-Por el delito de malversación, dos años de prisión y cuatro años de inhabilitación absoluta.

D) A D. Gabriel B. R..

-Por el delito continuado de prevaricación, siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

-Por el delito continuado de malversación, tres años de prisión y seis años de inhabilitación absoluta.

E) A Dña. Encarnación P. M..

-Por el delito continuado de prevaricación, siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

-Por el delito continuado de malversación, tres años de prisión y seis años de inhabilitación absoluta.

-Por el delito de tráfico de influencias, pena de prisión de nueve meses, multa de 362.645,66 euros.

F) A D. Antonio A. M.

-Por el delito continuado de prevaricación, siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

-Por el delito continuado de malversación, tres años de prisión y seis años de inhabilitación absoluta.

G) A D. Jesús B. R.

-Por el delito continuado de prevaricación, siete años de inhabilitación especial para empleo o cargo público.

-Por el delito continuado de malversación, tres años de prisión y seis años de inhabilitación absoluta.

V.- Los inculpados deberán **indemnizar a la Junta de Andalucía** en las siguientes cantidades:

-D. Antonio Fernández García, Doña Encarnación P. M., D. Gabriel B. R., D. José Miguel C. R., D. Andrés C. M., D. Antonio A. M. y D. Jesús B. R. responden directa, conjunta y solidariamente con el pago de 120.201,83 euros -coste póliza D. Andrés C. M..

-D. Antonio Fernández García, Doña Encarnación P. M., D. Gabriel B. R., D. José Miguel C. R., D. Antonio A. M. y D. Jesús B. R. responden directa, conjunta y solidariamente con el pago de 104.885,01 euros -coste póliza D. Domingo M. C..

-D. Antonio Fernández García, Doña Encarnación P. M., D. Gabriel B. R., D. José Miguel C. R., D. Antonio A. M. y D. Jesús B. R. responden directa, conjunta y solidariamente con el pago de 261.046,09 euros -coste póliza Doña Encarnación P. M.-.

-D. Antonio Fernández García, Doña Encarnación P. M., D. Gabriel B. R., D. José Miguel C. R., D. Antonio A. M. y D. Jesús B. R. responden directa, conjunta y solidariamente con el pago de 10.937,35 euros -coste segunda póliza Doña Encarnación P. M..

-D. Antonio Fernández García, Doña Encarnación P. M., D. Gabriel B. R., D. José Miguel C. R., responden directa, conjunta y solidariamente con el pago de 33.600 euros -I.V.A. del importe adelantado por la Asociación 3 de julio.

-La entidad J&A Garrigues SLP responde subsidiariamente de la cantidad de 530.670,28 euros.

-La entidad DCOOP Sociedad Cooperativa (sucesora de ACYCO SAL) responde subsidiariamente de la cantidad de 530.670,28 euros.

Todas las anteriores cantidades se incrementarán con los intereses legales.

Respecto a **Andrés C. M.**, constando su fallecimiento, procede declarar extinguida la responsabilidad penal por los delitos por los que era acusado

QUINTO.- La acusación popular ejercitada por el **PARTIDO POPULAR** se adhiere en todo a las conclusiones definitivas formuladas por el Ministerio Fiscal, retirando expresamente la acusación por el delito de asociación ilícita anteriormente formulada en sus conclusiones provisionales.

SEXTO.- FRANCISCO JAVIER GUERRERO BENÍTEZ... FALLECIDO

SÉPTIMO.-

La defensa de ENCARNACIÓN P. M., interesa la libre absolución de su defendida.

La defensa de GABRIEL B. R. interesa la libre absolución.

La defensa de ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA interesa la libre absolución (reitera su petición de exclusión del procedimiento, con declaración de nulidad del auto de la sala de 15 octubre 2020)

La defensa de JOSÉ MIGUEL C. R. libre absolución.

La defensa de AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR libre absolución

La defensa de ANDRÉS C. M. libre absolución

La defensa de JESÚS MARÍA B. R. libre absolución y para el caso de condena la aplicación como muy cualificada de la atenuante de dilaciones indebidas.

La defensa de ANTONIO JOSÉ A. M. libre absolución y, para el caso de condena, resulta de aplicación la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas del número 6 del artículo 21 del Código Penal y disminución de su responsabilidad civil por serle de aplicación la atenuación in fine del número 3 del artículo 65 del Código Penal.

La defensa de MIGUEL ÁNGEL SERRANO AGUILAR invoca la prescripción de los delitos que se le imputan y en cualquier caso su libre absolución impugna pericial de IGAE (dice los motivos en su escrito de conclusiones provisionales luego elevados a definitivas) impugna todos los documentos que obren en la causa por fotocopia.

La defensa de JUAN MÁRQUEZ CONTRERAS interesa libre absolución. Subsidiariamente que se le aplique la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada.

La defensa de DANIEL ALBERTO RIVERA GÓMEZ los hechos objetos de este procedimiento ya fueron objeto de enjuiciamiento en el procedimiento específico. Pide sentencia absolutoria.

Las defensas de los responsables civiles:

- DCCOP (Absorbente de ACYCO) interesa su libre absolución.
- GARRIGUES ABOGADOS, libre absolución.

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, **ENCARNACIÓN P. M.**, presidenta del consejo de administración de Acyco decidió iniciar un expediente de regulación de empleo junto con **GABRIEL B. R.**, 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 Gabriel B. R., 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 **JOSÉ MIGUEL C. R.**, 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 Gabriel B. R..

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 Encarnación P., Gabriel B. y José Miguel C. R. 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 **JESÚS MARÍA B. R.**, 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 **Francisco Javier Guerrero** y **José Miguel C. R.**, todo ello de común acuerdo con el acusado **ANTONIO A. M.**, superior jerárquico de **Jesús María B.** 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 **Encarnación P. M.**, 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 Encarnación P. M. en nombre de Acyco, mantuvo contactos y reuniones junto con Gabriel B. y José Miguel C. con el entonces Director General de Trabajo y Seguridad Social, el acusado **FRANCISCO JAVIER GUERRERO BENÍTEZ**, 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 Francisco Javier Guerrero y Acyco, representada por Encarnación P., 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 Encarnación P. M., pero sí dos personas que nunca habían pertenecido a Acyco, Domingo M. C., ya fallecido, y el acusado ANDRÉS C. M., también fallecido, siendo la causa de su inclusión exclusivamente las relaciones personales de éstos con Francisco Javier Guerrero, 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 **Antonio A. M.**, presente en la firma del Protocolo y **Jesús María B. R.**, personas de contacto de Vitalia ante la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, siendo el segundo quien, por indicación de Antonio A., 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. Gabriel B. R., presente en la firma del Protocolo, Encarnación P. M., firmante del Protocolo de Colaboración y del Anexo adjunto y José Miguel C. R., 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. M. C. asciende a 104.885,01 euros, habiendo percibido el mismo un total de 109.572,19 euros, y el de la póliza del Sr. C. M. 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 prejubilaciones, se formalizó la póliza de renta colectiva núm. RS002730000581 con la compañía Personal Life (en lo sucesivo póliza 581). 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 **Encarnación P. M.**, 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 Antonio A. M., 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 Francisco Javier Guerrero y José Miguel C. por los trabajadores afectados, siendo su presidente Antonio A. M.. 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 581, 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 Encarnación P. M., quien no figuraba en el Protocolo de Colaboración, y se mantiene la inclusión de Domingo M. C., y del acusado Andrés C. M., ambos fallecidos. Dichos anexos fueron elaborados por Vitalia S.A. con los datos aportados por Jesús María B. R., con el conocimiento de Antonio A., actuando el primero como consultor-negociador respecto de las dos personas incluidas por Francisco Javier Guerrero 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 581 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 RS0027200000582 (en lo sucesivo póliza número 582), 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 Andrés C. M. y Domingo M. C., 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 nº 581 de fecha 5 de agosto de 2.003, si bien, al firmarse dos pólizas, y ser la prima de la nº 581 por 3.137.571,13 € correspondiente a 35 asegurados, y la nº 582 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, Francisco Javier Guerrero, con consentimiento y autorización de **ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA** 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. A. y B. por su intervención.

El 10 de febrero de 2004 se firma por el Director General de Trabajo, Francisco Javier Guerrero, y el Director General de IFA, Francisco Mencía Morales, 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 01.13.00.01.00.440.031L, 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, Andrés C. M. y Domingo M. C., y no se mencionaba a Encarnación P. 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 Francisco Javier Guerrero 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, **DANIEL ALBERTO RIVERA GÓMEZ**, 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, Francisco Javier Guerrero, 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. Rivera cuya intervención es muy posterior, eran conocedores 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 Antonio A., fue aceptada sin previo concurso entre empresas del sector seguros, no obstante carecer de autorización para intervenir fuera de la Comunidad Catalana.

Francisco J. Guerrero, con el conocimiento y el consentimiento del Viceconsejero de Empleo, Antonio Fernández García, 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 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 Encarnación P., que fue incluida en la póliza 581 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, Antonio A., a través de Jesús B., hizo saber a Encarnación P. y a Gabriel B., 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 Encarnación P. M. se dirigió al entonces Director General de Trabajo, Francisco Javier Guerrero Benítez, 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 Encarnación P. y Gabriel B. R., 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 José Miguel C. R. dirigió al Director General de Trabajo, Francisco Javier Guerrero Benítez, al que igualmente acompañaba la citada factura que le había remitido Gabriel B. R., con la misma pretensión de que la Junta hiciera efectiva tal cantidad, proponiéndole José Miguel C. 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 1/2004 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 Encarnación P. M., Gabriel B. R. y José Miguel C. R. lograron captar la voluntad de Francisco Javier Guerrero Benítez para que éste ordenara al IFA el abono de dicha factura.

Francisco Javier Guerrero Benítez, 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 **Miguel Ángel Serrano Aguilar**, director general del IFA y aunque en la Adenda se fijaba como cantidad a devolver 210.000 euros, Francisco Javier Guerrero 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, Gabriel B. contactó con su presidente, Antonio A., 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 Antonio A. 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 Antonio A. solicitó a Francisco Javier Guerrero 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 Encarnación P.. A tal fin se suscribió la póliza RS0027300000581/2, en lo sucesivo póliza nº 581/2, 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 581 inicial.

Para hacer efectivo el pago, Francisco Javier Guerrero, 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 Encarnación P. 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.- Encarnación P. M. 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 RS273-581 y RS 273-581/2, 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 a euros 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 beneficiaría de las pólizas RS273-581 y 581/2, 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 Encarnación P. 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 B. R., C. R., Fernández García, Guerrero Benítez y A..

QUINTO.- Por la intervención del despacho de abogados Garrigues, en cuyo nombre había intervenido el acusado José Miguel C. R., 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 F41308), a cuyo pago se había comprometido el Director General de Trabajo y Seguridad Social, Francisco Javier Guerrero Benítez, 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 José Miguel A., por Vitalia, y Encarnación P. y Gabriel B., 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 José Miguel A..

Francisco Javier Guerrero Benítez fue sustituido en el cargo de Director General de Trabajo por el acusado **JUAN MÁRQUEZ CONTERAS**, quien estuvo desempeñándolo entre el 29 de abril de 2008 y el 6 de abril de 2010, ante quien José Miguel C. R. 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, Gabriel B. 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 C. P., a la Dirección General de Trabajo de la que era ya titular el acusado **JUAN MÁRQUEZ CONTRERAS**, a través de su asesora de confianza, María José R., 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 José Miguel C. R., Encarnación P. M., Gabriel B. R. y el entonces Director General de Trabajo, Juan Márquez Contreras, con el conocimiento y autorización de Antonio Fernández, 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, Jesús Andrés R. M., funcionario encargado de la tramitación de la ayudas sociolaborales en la Dirección General de trabajo, indicó a Gabriel B. 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 Gabriel B. R., redactó la memoria justificativa de la ayuda excepcional prometida, dictándose el 24 de marzo de 2010 por Juan Márquez Contreras la resolución de concesión de la misma por el importe exacto de la minuta de Garrigues, 109.620 euros, siendo, posteriormente, cuando Encarnación P. 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 Encarnación P. ni Gabriel B. 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 Encarnación P. y Gabriel B..

En cumplimiento de lo acordado, ya siendo Director General de Trabajo, Daniel Alberto Rivera, 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.

Daniel Alberto Rivera, 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.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Debemos iniciar nuestra valoración, ratificándonos en nuestro auto de fecha 15 de octubre de 2020, en el que dábamos respuesta a las cuestiones previas planteadas por las partes al inicio del juicio, por mantener, igualmente, su posición impugnatoria las defensas. Auto que, parcialmente, en lo que se puede ver afectado por la decisión adoptada en sus conclusiones por las defensas, reproducimos por entender que sus razonamientos deben integrar la presente sentencia, ya que puede ser objeto del posible recurso de casación a interponer las partes o de los escritos de oposición a tal impugnación.

Así señalábamos que:

"1º.- Las cuestiones planteadas por la defensa de Encarnación P. M. deben ser rechazadas.

En primer lugar, el derecho a un proceso sin dilaciones indebida que entiende vulnerado, por lo que considera demora en el "desgaje" en piezas separadas de la causa, que no se produjo hasta el año 2016, podrá dar lugar, en su caso, a que la parte, si así lo estima oportuno en defensa de sus intereses, solicite la aplicación de la correspondiente

atenuante, sin que ello implique la vulneración de derechos fundamentales invocada.

Respecto a la nulidad de su declaración ante la Guardia Civil por la posible vulneración del artículo 16 de la Constitución Española.

Como primera aproximación cabe recordar que con carácter general no tienen la consideración de pruebas en sentido estricto las declaraciones efectuadas en dependencias policiales. Como recoge la *STC 28.02.2013 "Como regla general, sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolle ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de manera que la convicción sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados a tal fin por las partes (por todas, SSTC 182/1989, de 3 de noviembre, FJ 2; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 206/2003, de 1 de diciembre, FJ 2; 1/2006, de 16 de enero, FJ 4; 345/2006, de 11 de diciembre, FJ 3, o 134/2010, de 3 de diciembre, FJ 3). Es en el juicio oral donde se aseguran las garantías constitucionales de inmediación, contradicción, oralidad y publicidad (entre otras muchas, STC 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6)...Por el contrario, la posibilidad de otorgar la condición de prueba a declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las practicadas ante la policía."*

Con independencia de ello, Encarnación M. prestó declaración en dependencias de la Guardia Civil (folios 144 y siguientes de las actuaciones), acogiéndose primero a su derecho a no declarar, alegando que quería disponer de tiempo para tener suficiente información, y, en su

segunda comparecencia, declaró extensamente. En ambas ocasiones estuvo debidamente asistida de letrado, sin que conste que en aquel momento por ella o por su defensa se opusiera objeción alguna.

De la lectura de su declaración no se aprecia que fuera sometida a preguntas susceptibles de entrar en abierta colisión con el ámbito de protección contenido en el artículo 16 de la Constitución. Ninguna objeción realizó, ni ella ni su letrado, a las preguntas formuladas acerca de su pertenencia a algún partido político o sindicato, o los cargos que en los mismos hubiera podido desempeñar.

Estas interrogantes deben enmarcarse en el contexto de las Diligencias Previas número 174/2011, en las que, como indica el Ministerio Fiscal, en aquel momento se investigaba *"la concesión al menos por los responsables de la Consejería de Empleo de múltiples ayudas sin sujeción a procedimiento alguno y en donde era posible que esa arbitrariedad favoreciera a personas próximas a tales cargos, bien por razón de parentesco, bien por amistad o bien por afinidad política."*

A mayor abundamiento, posteriormente efectuó declaración a presencia judicial, estando nuevamente asistida de letrado, existiendo un lapso de tiempo suficiente entre la declaración policial y la judicial que permitió que dispusiera del suficiente asesoramiento. Tras la realización de diversas preguntas por parte del magistrado instructor a las que respondió, finalmente se acogió a su derecho a no declarar.

En el desarrollo de sus declaraciones no se aprecia vulneración de derechos fundamentales ni en concreto de los previstos en el artículo 16 de la CE.

No existe cosa juzgada, ni que los hechos objeto de la presente causa ya hayan sido resueltos por la Sala de lo Contencioso Administrativo al resolver el pleito interpuesto por la acusada.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que el proceso penal, en función de las distintas modalidades de procedimiento, admite la invocación de la cosa juzgada mediante artículo de previo y especial pronunciamiento (art. 666.2 LECrim) o en el marco de las cuestiones previas a las que se refiere el art. 786.2 de la LECrim y ningún obstáculo se adivina para una apreciación de oficio, incluso para su invocación fuera de esos dos momentos.

La STS 5279/2016, con cita de otras muchas razona que: *"La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de abordar en anteriores precedentes el entendimiento constitucional de la cosa juzgada. En la STS 980/2013, 14 de noviembre -citada por la defensa en su dictamen de impugnación- razonábamos en los siguientes términos: "... lo relevante a efectos de cosa juzgada, es la identidad de los hechos, objetiva y subjetiva (SSTS de 21 de marzo de 2002, o 23 de diciembre de 1992): imputación de los mismos hechos a la misma persona, entendiendo los hechos con un sentido no puramente naturalista, sino matizado por la óptica jurídico-penal. Eso es lo que está vedado por la eficacia de la cosa juzgada. [...] El tema implicado de fondo, es la definición del objeto del proceso penal: perfilar lo que es el "hecho" enjuiciado es decisivo a la hora de dilucidar si a estos efectos estamos o no ante "los mismos hechos.... Sintetizando la doctrina jurisprudencial de esta Sala, la STS 846/2012, 5 de noviembre, recuerda que "... 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”.

La sentencia dictada el 5 de noviembre de 2.014 por el TSJA, folios 3841 y siguientes, folios 112 legajo y 3844 de las actuaciones, resuelve el recurso número 332/2012 interpuesto por Encarnación P. M. frente a la resolución de fecha 23 de marzo de 2012 del Director General de Trabajo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de esa misma Dirección General de 17 de enero de 2012 dictada en el expediente nº 15/2011, en el que Encarnación P. M. interesaba que:

“A.- Se reconozca la existencia de una cuestión prejudicial penal previa que tiene que ser decidida por los Órganos de la Jurisdicción Penal para determinar si la actividad desplegada por la Sra. Encarnación P. M. es delictiva o no, anulándose la Resolución recurrida y debiendo estar la Administración a la espera del resultado de dicha investigación penal, y

B.- Subsidiariamente para el supuesto de que se desestimara la existencia de dicha cuestión prejudicial de carácter penal se anule el acto administrativo objeto de impugnación, con todos los pronunciamientos legales e imposición de las costas a la Administración demandada.”

Cabe recordar que la resolución impugnada de fecha 23 de marzo de 2012 del Director General de Trabajo de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía acordó:

“PRIMERO.- Estimar acreditada la inclusión y/o continuidad no regular en las pólizas de seguros colectivos número RS0027300000581 y RS0027300000581/02 (suscrita con FORTIA VIDA) de las que ha sido beneficiaria Da. Encarnación P. M., con DNI nº XXX.

SEGUNDO.- Declarar la pérdida del derecho de la interesada a la percepción de cualquier tipo de rentas que pudieran ser devengadas en relación con las pólizas de seguro nº RS0027300000581 y RS0027300000581/02 con cargo a la financiación de la Junta de Andalucía, contorne a los artículos 34 y 37 de la Ley General de Subvenciones.

TERCERO.- Iniciar de oficio el procedimiento de reintegro, conforme a la LGS y RD Legislativo 1/2010, de 2 de marzo, de la totalidad de las cantidades percibidas más los correspondientes intereses, por parte de la beneficiaria al apreciarse la existencia de supuestos de los establecidos en el artículo 37 para instar la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por D^a. Encarnación P. M. como beneficiaria de la póliza de referencia, y que se cifran en 276.505,92 euros de principal, cantidad que podrá verse incrementada por los intereses legales correspondientes y cualesquiera otros gastos devengados que constatados en el procedimiento de devolución que sea instruido al efecto”.

De la sentencia dictada el 5 de noviembre de 2.014 por el TSJA, resolviendo el recurso interpuesto, podemos extraer los siguientes párrafos por su interés:

"En este contexto convenimos que las resoluciones impugnadas carecen de naturaleza sancionadora, justificándose su dictado en el ejercicio de potestades de control ínsitas a la acción administrativa de fomento, que en el supuesto que nos ocupa se tradujeron, entre otras determinaciones, en acordar el inicio de un procedimiento de reintegro por incumplimiento de las condiciones de otorgamiento.

Estamos, por tanto, en presencia de actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo, de modo que su revisión corresponde por imperativo de los arts. 24 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.1 LJCA al presente Orden Jurisdiccional Contencioso administrativo, que indeclinablemente debe pronunciarse sobre la controversia sin condicionarse a la suerte que depare la sustanciación del reseñado proceso penal donde se depuran responsabilidades criminales, y de aquí que la petición de suspensión por prejudicialidad penal no pueda prosperar.

CUARTO.- Sin perjuicio de lo que acaba de decirse, ninguna evidencia hay que revele la existencia de un procedimiento administrativo de otorgamiento de ayuda socio laboral, ni siquiera el dictado de acto alguno concediendo la ayuda a la recurrente o a ACYCO, lo que nos sitúa frente a una nulidad radical e insubsanable del art. 62.1.e) LRJAPPAC.

En efecto, parafraseando lo dicho en Sentencia de este Tribunal de fecha 11 de junio de 2013 (recurso 446/2012), la resolución de 17 de enero de 2012, confirmada por la de 23 de marzo de 2012, justifica en su fundamento de derecho tercero la intervención de la Administración Laboral más allá de la garantía del control de legalidad del convenio entre la empresa y el trabajador en materia de prejubilaciones, pues aunque el proceso quedaba en el ámbito estricto de las relaciones laborales, sin coste alguno del erario público, sin embargo, en virtud de sus competencias de medidas de acompañamiento socio laboral, la Consejería de Empleo entró a ser parte como entidad financiadora o cofinanciadora según los casos, en los procesos de ajuste laboral de empresas en las que se optaba como mecanismo de viabilidad de las mismas, para otorgar ayudas socio laborales a los afectados en los procesos de reestructuración, mediante prejubilaciones, en este singular caso en relación a ACYCO, con objeto de minimizar el impacto de los trabajadores afectados.

Pues bien, lo único indubitado en dicha intervención es la entrega totalmente irregular y sin sustento legal, por parte de la Junta de Andalucía, de dinero público para pagar sin causa las primas en relación a las pólizas de seguros colectivos cuyos tomadores eran particulares.

El Protocolo de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y ACYCO de 26 de julio de 2003, señala como objetivo de la Dirección General de Trabajo la gestión y coordinación de las ayudas relativas a la prejubilación de los trabajadores "que se anexan, pero no implica el otorgamiento o reconocimiento de subvención alguna al indicarse, en el punto II, que ... ambas partes muestran su disposición al desarrollo del protocolo mediante los oportunos

instrumentos; desarrollo que se debía haber efectuado con la tramitación del correspondiente procedimiento para el otorgamiento de la subvención, que como se ha indicado nunca se produjo.

....Ante la falta de cualquier procedimiento previo no pueden darse por válidas las ayudas, pues ha quedado acreditado no sólo la total ausencia de procedimiento de otorgamiento de ayuda, lo que determinaría la nulidad de la misma, sino la propia existencia de resolución de otorgamiento, no siendo posible presumir válido y eficaz un acto que no existe.

Igualmente, carecen de todo fundamento las resoluciones impugnadas, que, por razones que se ignoran, se apoyan en la concesión de subvenciones que nunca han sido otorgadas.

Lo único que hay son pagos de primas realizados sin justificación por la Administración Autonómica.

Tampoco nos resulta merecedora de amparo judicial la pretensión de atribuir validez al inicio del procedimiento de reintegro, por cuanto las cantidades irregularmente pagadas fueron destinadas al abono de las pólizas, cuya obligación de pago correspondía, según los certificados individuales de pólizas que incorpora el expediente administrativo, a la ASOCIACIÓN "3 de Julio" en calidad de tomadora de las mismas, de modo que el reintegro debió solicitarse a dicha tomadora y no a la recurrente, asegurada o protegida, que ha percibido las cantidades de la aseguradora y no de la Administración.

....Recapitulando las anteriores ideas concluimos que:

-No existe solicitud, trámite, ni acuerdo de la Consejería de Empleo que conceda subvención alguna para las pólizas de seguros de vida individual de prestación Garantizada, con garantía de interés, en forma de Rentas Temporales y/o vitalicias, denominado "Seguro de Rentas de Supervivencia" números RS002730Q00G581 y RS0027300000581/02, suscrita con FORTIA VIDA, Mutua de Previsión Social a Cuota Fija, en cuyo condicionado particular (Anexo I) figura como entidad aseguradora Personal Life, MPS (Mutualidad nº 0182)

-La falta de acto otorgando subvención implica la falta del presupuesto para el dictado de las resoluciones impugnadas y, por tanto, ninguna condición, obligación o compromiso puede ser declarada incumplida al amparo del artículo 37 de la Ley General de Subvenciones en el que se trata de amparar la Administración demandada.

*-Las resoluciones impugnadas tratan de dar apariencia de legalidad a una conducta que ha supuesto el pago de cantidades sin causa para ello, y no tienen la finalidad de recobrar lo indebidamente abonado, pues no se reclama la devolución de las **cantidades pagadas por las primas a la empresa ACYCO o la ASOCIACIÓN "3 de Julio", esta última como tomadora del seguro, y que son las que se ven favorecidas con el pago irregular de las pólizas, por cuanto a ellas es a quienes correspondía hacer frente al pago de las pólizas.***

Y aun admitiendo que la recurrente sea la beneficiarla indirecta al aparecer como tal en una póliza de seguro de naturaleza privada, la Administración carece de competencia para decretar la ilegalidad en una relación jurídica privada"

La citada sentencia estima parcialmente el recurso interpuesto por Encarnación P. M. frente a las resoluciones administrativas citadas y acuerda anular las mismas.

Pues bien, si tomamos en consideración los hechos atribuidos en el auto de procedimiento abreviado y lo que es objeto del recurso contencioso administrativo número 332/12, claramente se observa que no concurren las identidades jurisprudencialmente exigidas para la apreciación de la excepción de cosa juzgada invocada por la defensa de Encarnación P. M., la cual obtuvo en el orden contencioso administrativo una sentencia parcialmente favorable en el sentido de acceder a su solicitud de nulidad del acto administrativo objeto de impugnación, en relación con el procedimiento de reintegro seguido contra ella, sin que apreciara la existencia de una cuestión prejudicial penal: *"No hay prejudicialidad penal al no darse duplicidad de procedimientos. Independientemente de que se condene a la actora como autora de algún delito, el procedimiento administrativo se encamina a recuperar las cantidades que aquella percibió indebidamente en concepto de ayudas socio laborales y debe restituir.*

Y de resultar condenada en virtud de una sentencia penal habrían de tenerse en cuenta en su caso, para determinar la responsabilidad civil, las cantidades ya satisfechas a través del procedimiento administrativo que nos ocupa."

En suma, de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercitada por La Junta de Andalucía, dicha sentencia no puede tener el efecto impeditivo que en un proceso penal

podría ocasionar la preexistencia de una sentencia judicial firme sobre los mismos hechos, lo que no es nuestro caso, sin perjuicio de la incidencia que la misma pudiera tener a la hora de acordar, si llegara el caso, el quantum de la responsabilidad civil a satisfacer por la acusada.

En virtud de cuanto antecede, las cuestiones previas planteadas por la defensa de la acusada Encarnación P. M. deben ser desestimadas.

2º.- Por la defensa de Gabriel B. R. se alega que no existe en el auto de transformación en procedimiento abreviado ninguna alusión a hechos que pudieran constituir el soporte respecto del delito de asociación ilícita por el que ha formulado acusación el Partido Popular, existiendo una acusación sorpresiva, lo que también acontece con el delito de tráfico de influencias por el que, afirma, le acusa la letrada de la Junta de Andalucía.

Esta última mención, acusación formulada por la Junta de Andalucía contra Gabriel B. por el delito de tráfico de influencias, debe tratarse de un error por cuanto que tal acusación particular no formula acusación contra él por este delito, tal y como con toda nitidez se desprende de los escritos formulados por los Sres. letrados de la misma, obrantes a los folios 3.422 y 3.657 y siguientes (éste último en el que se solicitaba la rectificación de errores materiales del auto de apertura de juicio oral de 16 de noviembre de 2016 respecto de la inclusión de este delito de tráfico de influencias).

En consecuencia, dado que no se ha formulado acusación contra Gabriel B. R. por el delito de tráfico de influencias por parte de La Junta

Andalucía, ni por ninguna otra acusación, resulta innecesario entrar a conocer de este extremo.

-Considera asimismo que se ha producido una acusación sorpresiva en lo que se refiere a los delitos de prevaricación y malversación continuados, contenidos en el apartado primero del relato de hechos del escrito de acusación del Ministerio Público y los concordantes de los efectuados por las acusaciones, interesando "la nulidad" de esos apartados de dichos escritos de conclusiones provisionales.

Desarrolla esta cuestión en los siguientes términos:

<<Y ello porque en el aludido auto de incoación de procedimiento abreviado la supuesta actuación delictiva que a mi patrocinado se imputa es la siguiente:

"Incluyó en el ERE a Encamación P. M., a sabiendas de que no iba a extinguir su relación laboral con Acyco, manteniendo el cargo de Presidenta de su Consejo de Administración, permitiendo que, se beneficiase económicamente de dicha situación a través de su desempleo y prestaciones por prejubilación financiadas por la Junta de Andalucía.

Participó en la solicitud de ayuda excepcional en el 2010, fingiendo que era para el mantenimiento de 144 puestos de trabajo, cuando en realidad era para el abono de la minuta de Garrigues.

Gabriel B. R.. Reconoce su intervención en la tramitación del ERE, conociendo la especial situación que mantenía Encamación P. M., así como en la segunda solicitud de ayuda, con destino al pago de una

factura ajena a los fines propios de la subvención. De este modo, siquiera indiciadamente, aparece vinculado a los hechos que se estudian de un modo penalmente relevante.

Es decir, que solo se hace referencia a su participación en el ERE, que de por sí no puede considerarse constitutiva de delito, y más concretamente a la inclusión en el mismo de Doña Encarna P.. También se refiere a la participación del mismo en la solicitud de ayuda que se dice empleada en el pago de una factura del Despacho de Garrigues.

Este auto es consecuente además con lo consignado en el auto de imputación inicial de fecha 27 de enero de 2012.

Quiere decirse con ello que la acusación que posteriormente se formula en relación a la supuestamente irregular obtención de las ayudas socio-laborales para jubilación de los trabajadores, en definitiva, todo lo relacionado en el apartado primero de los hechos del escrito del ministerio público y concordantes es igualmente sorprendente o, cuando menos, notablemente extralimitado respecto de la delimitación fáctica contenida en el auto de incoación del procedimiento abreviado. Por lo que se denuncia igualmente su nulidad>>.

En suma, considera la defensa del acusado que se ha producido una "extralimitación" en los escritos de acusación cuando en ellos se describen hechos responsabilizando a Gabriel B. de la obtención de las ayudas socio- laborales para la jubilación de los trabajadores de manera claramente irregular, tratándose, por tanto, de una acusación sorprendente.

Señala la STS 156/2007, de 25 de enero: "lo que vincula posteriormente en el juicio oral, son los hechos por los que se ordena continuar el procedimiento, y que pueden ser asumidos como tales por las acusaciones y la persona del imputado. Las calificaciones jurídicas, sin embargo, no vinculan al órgano sentenciador, que no parte de tal resolución judicial, sino de los escritos de acusación y defensa, en donde se delimita el objeto del proceso penal. Ni siquiera tiene que existir un ajuste exacto entre aquellos hechos y los hechos sometidos a consideración del Tribunal por las acusaciones...y la vinculación al mencionado principio, nunca se produce con las calificaciones, sino con los hechos exclusivamente".

Ciertamente, como indica la STS 447/2016, de 25 de mayo, invocada por la defensa en su exposición "entre las garantías que incluye el principio acusatorio -conforme explica la STC 42/2013, 25 de febrero-o-, se encuentra la de que «nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse»; ha precisado a este respecto que por «cosa» no puede entenderse únicamente «un concreto devenir de acontecimientos, un factum», sino también «la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica» (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 6)".

Pero la misma sentencia invocada, citando la STC75/2013, de 8 de abril, recuerda que "...la vinculación entre la pretensión punitiva de las partes acusadoras y el fallo de la Sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con dicha pretensión, lo que

responde a la necesidad, no sólo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los diferentes participantes en el proceso penal, y, más concretamente, entre el órgano de enjuiciamiento y el Ministerio Fiscal, en los términos señalados en los arts. 117 y 124 CE".

Y añade esa misma resolución: "es esta la razón por la que el Tribunal ha venido reiterando que el instrumento procesal esencial para la fijación de los términos de la acusación en el proceso es el escrito de conclusiones definitivas (SSTC 174/2001, de 26 de julio, FJ 5 y 183/2005, de 4 de julio, FJ 4), dado que éstas habrán de ser producto de lo debatido en el acto del juicio oral".

Se trata, en definitiva, de un filtro procesal que evita acusaciones sorpresivas o infundadas en la medida que sólo contra quienes aparezcan previamente imputados, y por los hechos recogidos en dicho auto, se podrá dirigir la acusación, pues el auto de procedimiento abreviado, tiene "la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal,..El contenido delimitador que tiene el auto de transformación para las acusaciones, se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor...con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpados, la acusación, tanto la pública como las particulares son libres de efectuar la traducción jurídico- penal que estiman más adecuada".

Todo lo cual, aplicado al caso conduce a la desestimación del motivo.

El auto de transformación de las diligencias en procedimiento abreviado contiene una determinación de hechos punibles que, aunque de manera sucinta, da cabida al relato fáctico contenido en los escritos de acusación, sin que resulte imprescindible que se efectúe un relato más detallado, resultando pertinente que nos detengamos en la estructura y contenido del auto de transformación en procedimiento abreviado dictado en la presente causa.

Y así, en el primero de los hechos de la citada resolución se refieren los antecedentes del expediente de regulación de empleo de Acyco, la constitución de la asociación "3 de julio", la articulación de las ayudas mediante pólizas de renta colectiva para cuya contratación intervino como mediadora la entidad Vitalia, la firma del denominado "Protocolo de Colaboración" de 26 de julio de 2003, las graves irregularidades de las que adolecía y como a través de la suscripción de este Protocolo se dio validez al estudio actuarial elaborado por Vitalia, el importe total del gasto que supondría la suscripción de la póliza con la compañía aseguradora "Personal Life" para cubrir las rentas de los trabajadores afectados por el e.r.e, la inclusión de los denominados "intrusos", la firma el 5 de agosto de 2003 del Anexo que modificaba al anterior, etc... Los hechos descritos en este apartado, no puede afirmarse que carezcan de relevancia penal, como parece pretender la defensa del acusado.

En el "SEGUNDO" de estos hechos, se relataba la concesión de una ayuda excepcional en el año 2010 a Acyco, cuyo importe se destinó al pago de la minuta de Garrigues sin que esta ayuda se sujetara a ningún control posterior del destino dado a los fondos recibidos.

Y en el apartado "TERCERO" del relato fáctico, se hacía una exposición más detallada de la pluralidad de personas que habían intervenido en la ejecución de todos los hechos que anteriormente se habían descrito y *"cuya actuación ha determinado que se dispusiese de los fondos públicos con destino ajeno a sus fines"*, mencionándose expresamente en el ordinal 3º la intervención de Gabriel B. R..

Luego en los razonamientos jurídicos de esta resolución se volvió a hacer mención a la intervención de Gabriel B. R. en los términos expuestos: *"2º. Gabriel B. R.. Reconoce su intervención en la tramitación del ERE, conociendo la especial situación que mantenía Encamación P. M., así como en la segunda solicitud de ayuda, con destino al pago de una factura ajena a los fines propios de la subvención. De este modo, siquiera indiciadamente, aparece vinculado a los hechos que se estudian de un modo penalmente relevante."*

A más, de la declaración prestada por el encausado en sede judicial, se desprende la realización de un interrogatorio muy extenso en el que pudo dar su versión y refutar las imputaciones que contra él pesaban, versando el mismo sobre todos los extremos de la concesión de la ayuda dirigida a pagar las pólizas de la jubilación de los trabajadores, los contactos previos con las autoridades y con el despacho de Garrigues, así como las negociaciones, las reuniones a las que concurrió personalmente, la constitución y finalidad de la Asociación 3 de julio, el compromiso de la Junta de Andalucía de pagar todos los gastos, incluidos los servicios profesionales de asesoramiento pese a que los mismos eran elevadísimos, la suscripción del Protocolo y de todas las circunstancias que lo rodearon, los gastos de asesoramiento, la entrada del grupo SOS, la situación económica de Acyco que en el caso en que la Junta no

hubiera asumido la financiación de todo el ere, el mismo no se habría realizado, el uso de la factura con el incremento del IVA, la posición de Encarnación P. y el papel que desempeñó, las circunstancias de la suscripción del protocolo de colaboración de 16 de julio de 2003, la existencia de intrusos, la recuperación con cargo a la Junta del anticipo dado por los socios, etc. etc.

No nos hallamos, por tanto, ante una acusación sorpresiva. Los hechos recogidos en el auto de incoación de procedimiento abreviado permiten el relato fáctico realizado por las acusaciones en los particulares a que se refiere la defensa del acusado Gabriel B. R., sin que se produzca ninguna indefensión, ni se constate la vulneración de los derechos fundamentales de la defensa.

El mismo motivo es aducido por la defensa de este acusado respecto del delito de asociación ilícita.

Todos los inculpados han sido acusados por el Partido Popular como autores de un delito de asociación ilícita de los artículos 515.1, 517 y 521 del Código Penal, planteando como cuestión previa la existencia de una acusación sorpresiva además de la defensa de Gabriel B. R., las de los acusados José Miguel C. R., que por tal motivo interesa la nulidad del auto de apertura de juicio oral respecto de este delito, la de Antonio José A. M., así como la de Agustín Barberà Salvador y la de Juan Márquez Contreras (que se adhieren a las alegaciones efectuadas por sus predecesores en el uso de la palabra).

Procede por tanto examinar de manera conjunta esta cuestión, lo que se hará seguidamente.

3º.- Alegan las defensas de los acusados que existe una acusación sorpresiva por el delito de asociación ilícita, con vulneración de los derechos fundamentales recogidos en el art 24.2 CE, del principio acusatorio y del derecho de defensa, al incluir en el escrito de acusación de la acusación popular el delito de asociación ilícita de los arts. 515.1, 517 y 521 del CP.

Sobre este particular consideran las defensas que se ha producido una acusación sorpresiva respecto del delito de asociación ilícita, al entender que los hechos constitutivos de este delito no fueron incluidos en el interrogatorio efectuado a los acusados como investigados, tampoco fueron incluidos en el auto de procedimiento abreviado, vulnerándose el principio acusatorio, resultando que, el escrito de conclusiones provisionales de la acusación popular ejercitada por el Partido Popular, adolece de la suficiente precisión, lo que no permite conocer la base fáctica de esta imputación, siendo completamente imprecisa e incompleta en relación con la conducta que integra el delito de asociación ilícita, de modo que no pueden conocer los hechos objeto de acusación y el tipo penal aplicado.

En el traslado conferido, el Ministerio Fiscal considera que la cuestión previa debe ser estimada.

En apoyo de su postura aduce que los hechos que se recogieron en la imputación previa a la declaración de los ahora encausados, el contenido de sus declaraciones así como el contenido fáctico de los hechos recogidos en el auto de proa, no se desprenden con la claridad exigida para garantizar los derechos y principios que se invocan la

inclusión de hechos que pudiesen ser constitutivos del delito de asociación ilícita, más allá de la pertenencia de los encausados a la estructura orgánica y funcional de la administración autonómica, bien a través del ejercicio del cargo desempeñado, bien por su pertenencia a órganos colegiados. Todo ello conforme a los requisitos que se exigen para esta tipificación en la instrucción 4/2006 de la Fiscalía General del Estado sobre atribuciones y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada y la circular 2/2011 de la FGE sobre la reforma del Código Penal por ley orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupo criminales.

4º.- En lo que se refiere el auto de transformación de las diligencias en procedimiento abreviado, hemos de comenzar necesariamente recordando que la previsión establecida en el párrafo 4º del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dando acogida a la previa doctrina constitucional y con un tenor más tajante y explícito que el anterior texto, en el sentido de disponer que el auto de transformación en procedimiento abreviado “contendrá la determinación de los hechos punibles”, desterrando la utilización de modelos estereotipados sin ninguna mención a los hechos objeto del procedimiento.

La exigencia de suficiente o debida justificación de la perpetración del delito, debe entenderse como aquélla que permite llegar a la convicción provisional de la existencia de un hecho punible, la apreciación de tal justificación debe ser el resultado lógico de la consideración de hechos concretos susceptibles de incardinarse en una figura penal.

En suma, el auto de transformación de las diligencias en procedimiento abreviado delimita el objeto del proceso penal y vincula a las partes sólo en cuanto a los hechos, y desde esta perspectiva debe ser enfocada la cuestión aquí debatida.

Como, por todas, nos dice la STS 22-mayo-2014:

"Ahora bien el contenido delimitador que tiene el auto de transformación para las acusaciones, se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el instructor, a la que no queda vinculada la acusación sin merma de los derechos de los acusados, porque como recuerda la STC 134/1986, "no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia". Con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpados, la acusación, tanto la pública como las particulares son libres de efectuar la traducción jurídico- penal que estiman más adecuada».

Desde otra perspectiva, nos recuerda la Sentencia de 9 de octubre de 2000 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo *"La información al sujeto pasivo del procedimiento penal acerca del objeto del mismo, en lo que pueda afectarle, constituye un elemento esencial para el ejercicio del derecho de defensa, tiene sus propios momentos y trámites procesales. Dichos momentos son:*

A-En fase de instrucción, el traslado judicial de la imputación a la persona afectada, antes o en el momento de recibirle declaración como imputado. Con ello se posibilita el ejercicio pleno del derecho de defensa.

B-En la fase intermedia, cuando se le da traslado de la acusación (art. 790.6 LECrim), una vez que ésta se ha formulado por quien debe hacerlo (las partes acusadoras y no el juez de instrucción), acusación que no puede dirigirse contra personas que, no hayan adquirido previamente la condición de imputadas.”

Finalmente, ha de tomarse en consideración que la vulneración del principio acusatorio, tras la celebración del juicio y en el momento de dictar sentencia, deriva del deber de congruencia entre la acusación formulada y el fallo de la sentencia, como, por todas, expresa la STS 28/12/2011 Nº 1396/2011:

a) En primer lugar, el Tribunal queda vinculado a los hechos vertebradores de la acusación sin introducir otros distintos, pues caso contrario, se produciría una indefensión para el imputado que podría ser condenado por hechos distintos de los que fue acusado, y, obviamente, de los que no pudo defenderse.

b) En segundo lugar, existe una vinculación del Tribunal a la calificación jurídica que efectúa la acusación, vinculación que con limitaciones puede modularse en virtud de la teoría de la pena justificada, siempre que exista una homogeneidad de bien jurídico atacado y

c) Finalmente, existe una tercera vinculación del Tribunal en el campo punitivo, constituida por la imposibilidad de imponer pena superior a la mayor de las calificaciones acusatorias existentes.

Proyecciones estas últimas del principio acusatorio que ahora resulta prematuro dilucidar, dado el momento procesal en que se produce esta decisión, cuando aún el juicio no se ha celebrado.

Se trata, en consecuencia, de analizar si la acusación popular ejercitada por el Partido Popular ha incurrido en la extralimitación fáctica denunciada, reflejando hechos nuevos a la hora de describir el ilícito de asociación ilícita, respecto de los que tuvieron su reflejo en el auto de transformación de las diligencias en procedimiento abreviado.

5º.- El relato de hechos contenido en el auto de transformación en procedimiento abreviado de fecha veintiséis de septiembre de 2016 es del siguiente tenor:

"PRIMERO. *En el año 2003 la sociedad Aceitunas y Conservas S.A.L. (en lo sucesivo Acyco) contaba con 161 trabajadores, iniciando en marzo de ese año un Expediente de Regulación de Empleo (en lo sucesivo ERE) ante la Delegación Provincial de Empleo de Sevilla de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, para la extinción de 35 puestos de trabajo, basando su solicitud en circunstancias productivas y de organización.*

Así el día 27 de marzo de 2003 la Dirección de Acyco procedió a la apertura de un proceso negociador con los representantes de los trabajadores para la aplicación de un Plan de Reestructuración que

implicaba una serie de medidas laborales, entre las que se encontraba la extinción de 35 puestos de trabajo y la articulación de un Plan de Viabilidad para la empresa.

A lo largo de los meses de mayo y junio de 2003, se desarrolló el proceso negociador entre la empresa y los representantes de los trabajadores, en el cual la empresa expuso el Plan de Reestructuración, llegando a un acuerdo provisional el día 27 de junio de 2003.

Este acuerdo fijaba las condiciones socio-laborales y de indemnización por la extinción de los contratos de trabajo, a la vez que acordaba la apertura formal del preceptivo periodo de consultas, tras el que el Acuerdo provisional fue elevado a definitivo, poniendo fin al período de consultas en el Expediente instado por la empresa.

El día 2 de julio de 2003 se procedió a comunicar a la representación de los trabajadores la apertura formal del periodo de consultas que, tras las negociaciones que se habían ido desarrollando anteriormente, se dio por cerrado con acuerdo que se plasmó en un Acta de Acuerdo de ese mismo día, el cual recogía las estipulaciones recogidas en el Acuerdo provisional de fecha 27 de junio de 2003.

El día 3 de julio de 2003 se presentó por la empresa, ante la Delegación Provincial de Empleo de Sevilla, una solicitud de tramitación de un ERE tendente a la extinción de 35 contratos laborales de los 161 contratos de los trabajadores que constituían la plantilla de la empresa. Dicha solicitud iba acompañada de la documentación preceptiva para la tramitación de dicho procedimiento.

El día 22 de julio de 2003, por la Inspección Provincial de Trabajo se dictó resolución administrativa por la que se accedía a la pretensión empresarial inicial, al no observar anomalía ninguna en el proceso de acuerdo alcanzado entre las partes, empresa y comité de empresa.

El 23 de julio de 2003 el Delegado Provincial de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Sevilla, autorizó a Acyco a proceder a la extinción de los 35 contratos laborales relacionados en el Anexo 1 que acompañaba la solicitud de tramitación del ERE, por las causas aducidas en el mismo, al tiempo que reconocía el derecho de solicitar del INEM la tramitación de las prestaciones por desempleo que correspondieran a trabajadores afectados.

Según la información aportada en los listados de empleados objeto de la medida extintiva, que acompañaban como Anexos tanto al escrito de solicitud de tramitación del ERE presentado por Acyco ante la Autoridad Laboral, como a la autorización administrativa dictada por la Autoridad Laboral, el Personal afectado por el ERE, era de 35 trabajadores.

Para llevar a cabo este expediente se optó por la fórmula de la prejubilación de los interesados, contratándose póliza de renta colectiva para satisfacer los ingresos que les correspondían a los trabajadores que se prejubilaban, por lo que éstos constituyeron, el día 28 de julio de 2003, una Asociación denominada "3 de Julio", requisito fundamental para poder ser beneficiario y formar parte de la póliza que se suscribió posteriormente y que cubriría el plan de prejubilaciones.

Así el pago de las prejubilaciones se articuló mediante póliza de renta colectiva, para cuya contratación-intervino la entidad Vitalia como mediadora, formalizándose las siguientes:

1º. Póliza número RS002730000581 con la compañía de seguros Personal Life, de fecha !1 de agosto de 2003, financiada por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, en virtud del protocolo de colaboración firmado entre el citado ente y Acyco el día 26 de julio de 2003.

2º. Así mismo la número RS0027400000582, que se firmó en la misma fecha que la anterior y con base en el estudio actuarial de Vitalia en la que estaban incluidos Andrés C. M. y Domingo M. C., pese a que los dos carecían de la condición de trabajadores de la empresa Acyco y pese a que, por ello, no estaban comprendidos en los anexos en los que se recogía la identidad de los trabajadores afectados por el ERE.

3º. Una tercera, la número RS0027300000581.2 actualización de rentas y subsanación de errores en relación con tres asegurados, que se firmó en marzo de 2007.

Para el pago de las primas derivadas de estas pólizas se contó con los recurso de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, a cuyo efecto el día 26 de julio de 2003 tuvo lugar la firma del Protocolo de Colaboración, entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, representada por su Director Francisco Javier Guerrero Benítez, y Acyco, representada por Encarnación P. M..

Mediante este acuerdo se marcaban como principales objetivos por Parte de la Dirección General de Trabajo la gestión y coordinación de las ayudas relativas a la prejubilación de los trabajadores, en las cantidades resultantes del estudio actuarial y consiguiente póliza, y por parte de Acyco al cumplimiento del Plan de Inversiones y de Futuro elaborado, para lo cual se veía en la necesidad de llevar a efecto prejubilaciones al menos de cuarenta personas.

La firma de este protocolo no estuvo precedida de la tramitación del expediente administrativo de solicitud y concesión de ayuda con sujeción a los requisitos y controles pertinentes. Así no se anotó en el registro de subvenciones, no hubo solicitud formal, ni resolución de- concesión, o informe previo del gabinete jurídico, no se señaló lista de requisitos previos para poder acceder a la ayuda, ni parámetros de cuantía máximas que se pudieran obtener, o criterio de qué porcentaje podía asumir la Junta y cuál la empresa y, finalmente, no se hizo desde la Dirección General de Trabajo ningún tipo de seguimiento del cumplimiento de los fines de la ayuda. Mediante la firma de este Protocolo se dio validez al estudio actuarial elaborado por Vitalia, remitiéndose a él para determinar las cuantías a pagar y las personas beneficiarías. Como anexo al mismo aparecía un estudio de cálculo actuarial de fecha 31 de julio de 2003, anterior a la suscripción de la póliza con la mutua aseguradora Personal Life, elaborado por la mediadora Vitalia, en el cual aparecía un listado de 36 ex trabajadores de Acyco, entre los cuales surgían por primera vez los nombres de los "intrusos" inmersos en este expediente, Domingo M. C. y Andrés C. M.. En este listado no se contemplaba a Encarnación P. M., la cual firma este protocolo en nombre y representación de Acyco junto al Director General

de Trabajo, y que sí aparecía en todos los anteriores listados de trabajadores afectados por la tramitación del ERE.

En efecto, el 31 de julio de 2003 la empresa mediadora Vitalia realizó un estudio por el cual calculaba el importe total del gasto que supondría la suscripción de una póliza con la compañía aseguradora Personal Life para cubrir las rentas de los trabajadores afectados por el ERE de la empresa Acyco en 2.951.413,84€.

Este estudio afectaba a 36 personas, incluyendo entre los mismos a 2 personas que nunca trabajaron para Acyco, y no formaban parte del listado de personas afectadas por la extinción de los contratos de trabajo en el ERE 2912003, como eran Andrés C. M. y Domingo M. C. y sin comprender en él a Encarnación P. M..

Estos dos intrusos, que aparecían en el listado en los números 35 y 36 respectivamente, y a diferencia de los 34 ex trabajadores de Acyco, eran objeto de un cálculo del nivel de cobertura que no se realizaba en virtud de un porcentaje de su salario neto, sino que se calculaba estableciéndoles unas cantidades fijas de 1.201,72€ y 947,70€ mensuales junto a sus respectivos incrementos porcentuales anuales. En atención a esos cálculos las rentas a pagar a estos dos intrusos debían ascender a 104.885,01 € y 120.20T,83 €.

El 1 de agosto de 2003 se firmó la póliza RS274-582 de Personal Life, suscrita por Vitalia A08883027 como tomadora y a la que estaban asociados dos certificados individuales en los que figuraban como beneficiarios los dos intrusos, Andrés C. M. y Domingo M. C.. Esta póliza

se confeccionó según las cuantías reflejadas en el estudio actuarial elaborado por Vitalia de fecha 31 de julio de 2003.

Por último, el 5 de agosto de 2003 se firmó otro Anexo, que modificaba el anteriormente firmado el día 1 de agosto de 2003, con la consecuencia de la elevación de 7 de las primas calculadas en el estudio de Vitalia mencionado anteriormente y con la adición de otra persona, Encarnación P. M., pasando a ser un total de 37 supuestos ex trabajadores los que formarían parte de esta póliza y elevándose el importe total de la cuota de los 2.951.413,84€ iniciales hasta los 3.270.309,18€ finales.

SEGUNDO. *En el año 2010 se concedió a Acyco una ayuda excepcional cuyo objeto se decía era el mantenimiento de 144 puestos de trabajo, pese a que en tales fechas la empresa no alcanzaba ese número de trabajadores, llegando tan sólo a los 107 empleados.*

Esta ayuda ascendió a 109.620€ y su objeto real era atender los costes asociados al proceso de regulación de empleo de la empresa Acyco, y a los gastos derivados de éste, entre los que se incluía su asesoramiento técnico. Más concretamente, su objeto era que Acyco pagase la factura N° E-41308, de idéntica cantidad (109.620€), pendiente de pago por parte de Acyco a Garrigues como consecuencia de la labor que este despacho había venido desarrollando en el expediente de regulación de empleo de 2003 y que Garrigues estaba reclamando judicialmente a Acyco.

Al igual que en el caso anterior la concesión de esta ayuda no se sujetó a ulterior control del destino dado a los fondos recibidos.

TERCERO. *En la ejecución de estos hechos ha intervenido una pluralidad de personas cuya actuación ha determinado el que se dispusiese de los fondos públicos con destino ajeno a los fines sociales a los que estaban destinados.*

1º. Encarnación P. M.. Presidenta del Consejo de Administración de Acyco cuando se solicitó el ERE.

Se incluyó en el ERE de la empresa cuando no llegó a extinguir su relación laboral con la empresa, continuando como Presidenta del Consejo de Administración de Acyco hasta el año 2011. De esta forma cobró dietas por su asistencia a los Consejos de Administración de la Empresa en las siguientes cantidades: en el año 2004, 36.000 euros; en el año 2005, 24.000 euros; en el año 2006, 48.000 euros; en el año 2007, 36.000 euros; en el año 2008, 24.000 euros; en el año 2009, 51,460 euros; y en el año 2010, 98.995 euros. Pese a ello cobró sus prestaciones por desempleo desde el 19 de agosto de 2003 al 18 de agosto de 2005 y las prestaciones relativas a su prejubilación derivadas de las pólizas 581 y 581/2 de Personal Life.

El coste de la póliza 581 de Encarnación P. ascendió a 261.046,09 euros, y tras la liquidación de Fortia, entidad que absorbió a Personal Life, las cantidades finalmente recibidas por la Sra. P. ascendieron a 276.505,92 euros, debiendo tenerse en cuenta, además, que fue incluida en la póliza 581/2 junto con otros dos asegurados, teniendo dicha póliza un coste de 24.542,21 euros.

El 9 de marzo de 2010 solicitó una ayuda excepcional para, supuestamente, el mantenimiento de 144 puestos de trabajo de su empresa, cuando en realidad dicha ayuda era para el pago de la minuta del despacho de Garrigues derivada de su intervención en la tramitación del ERE.

Además, recibió, a sabiendas de que no tenía derecho, el importe de 33.600 euros correspondiente al 16 % de IVA calculado sobre los 210.000 euros que pagaron ella y el resto de los socios de la empresa para aperturar la póliza de prejubilación y que fue abonada por la Junta de Andalucía mediante transferencia directa a la cuenta de la Asociación.

2º. Gabriel B. R.. responsable de Recursos Humanos y Abogado de la empresa Acyco.

Incluyó en el ERE a Encarnación P. M., a sabiendas de que no iba a extinguir su relación laboral con Acyco, manteniendo el cargo de Presidenta de su Consejo de Administración, permitiendo que se beneficiase económicamente de dicha situación a través de su desempleo y prestaciones por prejubilación financiadas por la Junta de Andalucía.

Participó en la solicitud de ayuda excepcional en el 2010, fingiendo que era para el mantenimiento de 144 puestos de trabajo, cuando en realidad era para el abono de la minuta de Garrigues.

3º. José Miguel C. R., miembro del bufete de abogados de Garrigues.

Intervino de manera activa en todo el proceso de negociación y tramitación del Expediente de Regulación de Empleo, incluidas las negociaciones con la Junta de Andalucía:

Pese a conocer, por su preparación técnica, el procedimiento administrativo adecuado, que era la solicitud de subvención excepcional, obvió el mismo en la solicitud de ayuda.

Participó en la inclusión de dos intrusos en el Protocolo de Colaboración suscrito entre la empresa y la Dirección General de Trabajo, concretamente en el Anexo que forma parte del mismo, Protocolo cuya redacción y preparación desarrolló.

Igualmente, participó en la inclusión en el ERE de Encarnación P. M., a sabiendas de que no iba a extinguir su relación laboral con Acyco y se iba a beneficiar de dicha situación por el cobro de su prestación por desempleo y de las prejubilaciones derivadas de la póliza.

Redactó la factura de 243.000 euros que permitió a los socios de Acyco, no solo recuperar las cantidades adelantadas para aperturar la póliza, sino cobrar 33.000 euros de IVA, absolutamente injustificados, que fueron pagados por la Junta de Andalucía.

Intervino en la solicitud de ayuda excepcional de 9 de marzo de 2010, que tuvo como finalidad el pago de sus honorarios.

4º. Francisco Javier Guerrero Benítez. Director General de Trabajo cuando se tramita el ERE y las ayudas vinculadas a él.

A pesar de las ausencias de procedimiento antes relatadas, firmó el Protocolo de Colaboración con Acyco, datado el 26 de julio de 2003, si bien éste se suscribió en fecha 20 de octubre de 2003. En el anexo que se acompañaba a dicho Protocolo, aparecían los dos intrusos Andrés C. M., amigo personal del Sr. Guerrero y Domingo M. C.. Dicho anexo estaba firmado por Guerrero y por Encarnación P. M., conociendo e impulsando el Sr. Guerrero la inclusión de estos intrusos.

La póliza con Personal Life bajo el número 581 se suscribió el 1 de agosto de 2003, con una prima, incluidos los intereses por diferimiento en el pago, de 2.951.413,84 euros, coste que sería ampliado por Anexo de fecha 5 de agosto de 2003 en virtud del cual el importe de la prima ascendió a 3.270.309,18 euros.

Este nuevo anexo se realizó para incluir en la prima el coste de Encarnación P. M. que no figuraba en el cálculo actuarial del anexo al Protocolo. En la misma fecha se suscribió la póliza nº 582 relativa a los mencionados Andrés C. M. y Domingo M. C., que se realizó a los solos efectos de evitar que se relacionase a dichos intrusos con el ERE de Acyco. El coste de la inclusión de Don Andrés C. M. ascendió a 120.201,87 euros y las prestaciones a recibir por el mismo eran de 130.105,85 euros, si bien dicho señor tras la liquidación de Fortia recibió la suma de 113.480,72 euros. Por su parte la inclusión de Don Domingo M. C. supuso un coste de 104.885,01 euros, debiendo de percibir 113.750,02 euros, si bien lo efectivamente recibido fue 109.572,19 euros, cantidad cobrada antes de su fallecimiento.

En fecha 10 de febrero de 2004, el Director General Sr. Guerrero firmó el Convenio de Colaboración con el IFA, por la que se encomendó a

éste la gestión del otorgamiento de la ayuda a Acyco, ascendente a la cantidad de 2.951.413,84 euros. El 8 de julio de 2004 se realizó una Adenda al referido Convenio de Colaboración para el pago a través del IFA de 243.400 euros correspondientes al importe de la factura supuestamente emitida por Garrigues, relativa al anticipo realizado por los socios para aperturar la póliza. Con esta cantidad, sumada a la referida en el Convenio, la suma comprometida superaba los 3.005.060,52 euros, por lo que, debiendo haberse tramitado el expediente mediante subvención excepcional, ésta debía haber sido aprobada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

Finalmente, el 26 de enero de 2007 el Sr. Guerrero, con la misma ausencia de procedimiento anteriormente descrito, por oficio dirigido a Personal Life mostró su conformidad a que se suscribiese una póliza para tres trabajadores de Acyco, que fue la 581/2, que ya estaban incluidos en la primera póliza, siendo uno de ellos Encarnación P. M.. El importe de esta nueva póliza ascendía a 24.542,21, euros, ordenando su abono mediante escrito que remitió a Vitalia Vida el 7 de abril de 2008, mediante el sistema de pago cruzado, comunicándole a dicha entidad que de la transferencia de 1.700.000 euros que tenían que recibir de Vitalicio, destinasen el importe 24.542,21 euros para el colectivo de los tres asegurados de Acyco.

5º. Antonio A. M.. Director Comercial de Vitalia.

Intervino gestionando la póliza de seguro con la compañía Personal Life, pese a que Vitalia carecía de autorización para actuar como Correduría de Seguros, aplicando los cálculos actuariales generados por

la propia Vitalia, en los que se introducía a Andrés C. M. y a Domingo M. M., pese a que le constaba que los mismos no eran empleados de Acyco.

6º. Jesús B. R.. Encargado regional de dicha entidad.

Realizó los cálculos actuariales de las pólizas y concretamente los de los intrusos del presente expediente, y todo ello, pese a que Vitalia carecía de autorización para actuar como correduría de seguros y pese a que sabía que los intrusos tenían tal condición.

7º. Andrés C. M.. Amigo de la infancia de Francisco Javier Guerrero Benítez, le solicitó ayuda para que le buscara trabajo. En el año 2003 Guerrero le ofreció la posibilidad de acogerse a una ayuda a través de un fondo de pensiones, firmando todos los documentos necesarios en casa del propio Director General de Trabajo. El coste de la inclusión de Don Andrés C. M. ascendió a 120.201,87 euros y las prestaciones a recibir por el mismo eran de 130.105,85 euros, si bien la suma que finalmente recibió tras la liquidación de Fortia fue de 113.480,72 euros.

8º. Agustín Barberá Salvador. Como Viceconsejero de Empleo consintió que se concediera el 24 de marzo de 2010 una ayuda directa de carácter excepcional por importe de 109.620 euros solicitada por Encarnación P. M. el 9 de marzo de 2009, sabiendo que era para el pago de la minuta de Garrigues, despacho que había asesorado a Acyco en el proceso del ERE y de las prejubilaciones y que venía reclamando desde hacía tiempo a la Junta de Andalucía el pago de dichos honorarios a cuyo abono se comprometió el Sr. Guerrero, pago que, al no verificarse, fue reclamado judicialmente a Acyco.

Así la resolución de concesión dictada por el Sr. Márquez, con conocimiento del Sr. Barberá, se hizo bajo presupuestos falsos, ya que se había pedido para el mantenimiento de 144 puestos de trabajo, cuando en realidad era para el abono de dicha minuta.

9º. Antonio Fernández García. En su condición de Viceconsejero, sin que mediara solicitud de ayuda por parte de la empresa y con total ausencia del procedimiento legalmente establecido, conoció y autorizó la firma de un Protocolo de Colaboración con la empresa por parte de la Dirección General de Trabajo de fecha 26 de julio de 2003, por el cual la Junta de Andalucía asumía, sin causa legal, el pago íntegro de las prejubilaciones de los trabajadores que se incluían en el Anexo, que era un estudio actuarial de Vitalia que se adjuntaba al referido Protocolo. En dicho Anexo se incluían a dos personas, Andrés C. M. y Domingo M. C., que jamás habían trabajado en Acyco, y a cuyas ayudas individuales el inculpado había dado el visto bueno, conociendo de la presencia de los intrusos.

El 8 de julio de 2004 se firmó, con su conocimiento, una adenda al Convenio de Colaboración para el abono de la ayuda a través del I.F.A., elevando ésta en otros 243.000 euros correspondiente al importe de la factura que preparó José Miguel C. R. y cuyo objeto era articular el pago por cuenta del anticipo realizado por algunos socios de Acyco para aperturar la póliza 581, conociendo de este fin.

10º. Juan Márquez Contreras. Como Director General de Trabajo accedió el 24 de marzo de 2010 a la concesión de una ayuda directa de carácter excepcional por importe de 109.620 euros solicitada por Encarnación P. M. el 9 de marzo de 2009, sabiendo que era para el pago

de la minuta de Garrigues, despacho que había asesorado a Acyco en el proceso del ERE y de las prejubilaciones y que venía reclamando desde hacía tiempo a la Junta de Andalucía el pago de dichos honorarios a cuyo abono se comprometió el Sr. Guerrero, pago que al no verificarse fue reclamado judicialmente a Acyco.

Se concedió dicha ayuda excepcional por el Sr. Márquez, bajo presupuestos falsos, tal y como se había pedido, para el mantenimiento de 144 puestos de trabajo cuando en realidad era para el abono de dicha minuta.

Esta subvención excepcional se concedió por el Sr. Márquez a sabiendas de la absoluta falta de procedimiento de la misma, sin fiscalización alguna y sin constancia de documentación justificativa del uso de los fondos públicos.

11°. Daniel Alberto Rivera Gómez. En su condición de Director General de Trabajo, accedió al pago de la ayuda socio-laboral excepcional que se había ordenado por su antecesor, Don Juan Márquez Contreras, por importe de 109.620 euros, sabiendo que era para el pago de la minuta de Garrigues, despacho que había asesorado a Acyco en el proceso del ERE y de las prejubilaciones, y que justo esa cantidad era la que en concepto de honorarios venía reclamando dicho despacho a la Junta de Andalucía, honorarios a cuyo pago se comprometió inicialmente el Sr. Guerrero y al no verificarse fueron reclamados judicialmente a Acyco.

12°. Miguel Ángel Serrano Aguilar. Como Director General de IFA firmó con el Director General de Trabajo el convenio en virtud del cual el

instituto se hizo cargo de los pagos derivados del adelanto efectuado por algunos socios de Acyco para aperturar la póliza 581. Aquel pago se articuló, con conocimiento del Sr. Serrano, mediante la emisión de una factura preparada por José Miguel C. R., en la que se añadía, de modo totalmente improcedente, un IVA por importe de 33.600 euros.

No consta la participación de Antonio A. M., Juan Antonio L. d. C., Pablo M. M., Juan Francisco S. G. y Juan V. Q..”

La acusación popular sustenta la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de asociación ilícita en el relato fáctico que realiza en los hechos narrados en los apartados 1.A), 1.B) y 1.C) de su escrito de conclusiones provisionales, con el siguiente tenor:

“1- A) En marzo del año 2003 la Sociedad Aceitunas y Conservas SAL (en adelante Acyco) inició un expediente de regulación de empleo (en adelante ERE) para la extinción de 35 puestos de trabajo, por circunstancias productivas y de organización y bajo la cobertura de un Plan de Vitalia para la empresa, a pesar que Vitalia no tenía autorización para actuar como correduría de seguros. Y ello, ante la Delegación Provincial de Empleo de Sevilla de la Consejería de Empleo y Desarrollo tecnológico de la Junta de Andalucía.

El 27 de junio de 2003 se llega al acuerdo empresa y representantes de los trabajadores en el que se fijan las condiciones socio-laborales y de indemnización debido a la extinción de los contratos de trabajo, por lo que el día 2 de julio de 2003 la empresa presentó ante la Delegación Provincial de Empleo de Sevilla la solicitud de tramitación del ERE.

El 23 de julio de 2003 se autorizó a Acyco a la extinción de los 35 contratos laborales de los 161 contratos de los trabajadores que formaban la plantilla y los trabajadores constituyeron la Asociación "3 de julio" para articular el plan de prejubilaciones y el pago de las rentas a través de póliza de renta colectiva. Para la contratación de las pólizas se contó con la entidad Vitalia como mediadora, cuyo encargado regional era Jesús B. R. y fue el encargado de elaborar los cálculos actuariales y su director comercial Antonio A. M., quien intervino en la gestión de la póliza con Personal Life, aplicando los cálculos actuariales de Vitalia. La constitución de dicha asociación tenía su finalidad, que no era otra que la empresa no constara como tomadora, aunque efectivamente fuese la beneficiaria de la ayuda.

El resultado fue la formalización de las pólizas RS002730000581, RS0027400000582 y RS0027300000581/2.

Pues bien, el día 26 de julio de 2003 se firmó un protocolo de Colaboración entre Acyco y la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía para el pago de las primas derivadas de estas pólizas de rentas colectivas, suscrito por el Director de Trabajo y Seguridad Social Francisco Javier Guerrero Benítez y Encarnación P. M. en representación de Acyco, sin que para ello se tramitara el debido expediente administrativo de solicitud y concesión de ayuda ni existiera los controles pertinentes. Ni tan siquiera hubo solicitud formal, ni resolución de concesión ni se fijó la cantidad que iba a asumir la Junta de Andalucía y, mucho menos, se hizo un seguimiento del efectivo cumplimiento de los fines de las ayudas. Como anexo a dicho protocolo constaba un estudio de cálculo actuarial de Vitalia, para determinar las cuantías a pagar y las

personas beneficiarias, en el cual por primera vez aparecen los "intrusos" de este expediente, todo con conocimiento de Jesús B. R. y Antonio A. M.. Estos dos intrusos eran Domingo M. C. y Andrés C. M., amigo de la infancia de Francisco Javier Guerrero al cual le solicitó una ayuda. El estudio calculaba un Importe total de gasto para el ERE de Acyco de 2.951.413,84 euros. Hay que destacar que a los dos "intrusos" no se les calculaba en base a un porcentaje de su salario neto, sino que se les ponía unas cantidades fijas de 1.201,72 euros y 947,70 euros mensuales junto a sus incrementos porcentuales anuales, por lo que las rentas a pagar a estos dos intrusos debían ascender a 104.885,01 euros y 120.201,83 euros. El 1 de agosto se firmó la póliza RS274-582 con los certificados individuales de Andrés C. M. y Domingo M. C.. De todo ello, también tuvo pleno conocimiento el Viceconsejero de Empleo Antonio Fernández García quien lo autorizó.

El 5 de agosto de 2003 se firmó otro Anexo, que modificaba el de 1 de agosto de 2003 para elevar siete de las primas y añadir un prejubilado nº 37, que no era otra que la propia Encarnación P. M., ascendiendo el importe total de la cuota a 3.270.309,18 Euros. Encarnación P. M. fue incluida por el Director de Recursos Humanos y Abogado de la empresa Acyco, Gabriel B. R..

Encarnación P. M., Presidenta del Consejo de Administración de Acyco, se incluyó en el ERE a pesar que no llegó a extinguir la relación laboral con la empresa continuando en sus cargos y cobrando por ello hasta el año 2010, compatibilizándolo con el cobro por desempleo desde el año 2003 al 18 de agosto de 2005 y las prestaciones relativas a su prejubilación derivadas de las pólizas 581 y 582.

Tras la liquidación de Fortia, Encarnación P. M. cobró 276.505, 92 euros, a lo que hay que añadir que fue incluida en la póliza 581/2 junto con otros dos aseguradores, póliza cuyo coste ascendía a 24.542,51 euros y los 33.600 euros que, a sabiendas de su ilicitud, recibió del 16% del IVA de los 210.000 euros adelantados por ella y sus socios para aperturar la póliza de Jubilación, que fue abonado por la Junta de Andalucía.

En todo el proceso de negociación y tramitación del Expediente de Regulación de Empleo, Acyco contó con la intervención del Abogado José Miguel C. R., inclusive las negociaciones con la Junta de Andalucía. Es evidente que la preparación técnica y experiencia de este abogado alcanzaba la necesidad de haber tramitado el debido expediente administrativo en la solicitud de una subvención excepcional, pese a lo cual lo omitió.

Igualmente participó en la constitución de la asociación "3 de julio" y activamente en la inclusión de los dos intrusos, en la inclusión de Encarnación P. M. y redactó la factura de 243.000 euros que permitió a los socios de Acyco recuperar el dinero que adelantaron para el primer plazo de la póliza, cobrando además los injustificados 33.600 euros de IVA, que fueron pagados por la Junta de Andalucía. Para ello se utilizó una factura emitida por Encarnación y "en teoría" elaborada por la asociación, por la cual ésta facturaba a la junta por unas falsas "ayudas para la promoción de la asociación" por importe de 210.000 euros más IVA, cuando la realidad es que ni hubo tal promoción ni fue elaborada por la asociación sino por Gabriel B. y José Miguel C. R..

Y para llevar a cabo este fraude y desvío de fondos públicos, la Consejería de Empleo no sólo firmó el Protocolo antedicho, sino que con fecha 10 de febrero de 2004, el Directo de Trabajo y Seguridad Social Francisco Javier Guerrero Benítez firmó un Convenio de Colaboración con el Director General del IFA Miguel Ángel Serrano, por el que se le encomendó a éste la gestión del otorgamiento de la ayuda a Acyco con conocimiento de Antonio Fernández García, en su condición de Viceconsejero.

A este Convenio se le hizo una adenda el 8 de julio de 2004 para el pago a través del IFA de la factura presuntamente emitida por los honorarios de José Miguel C. R., cuya verdadera finalidad era pagar a los socios de Acyco por las cantidades que adelantaron para la apertura de la póliza. Tanto el Sr. Guerrero como el Sr. Fernández conocían el verdadero fin. Por tanto, la cantidad del Convenio ascendía a 3.005.060, 52 euros, por lo que de haberse tramitado el debido expediente administrativo, la misma debía haber sido aprobada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

Y en 2007, el día 26 de enero el Sr. Guerrero dirigió oficio a Personal Life mostrando su conformidad a que se suscribiese la póliza 581/2 en la que va estaban incluidos los intrusos y Encarnación P. M.. Esta póliza ascendía a 24.542, 21 euros y ordenó su abono por escrito de 7 de abril de 2008 que remitió a Vitalia, para que mediante el sistema de "pago cruzado" destinara esta cantidad a ese pago de la transferencia de 1.700.000 euros que tenían que recibir de Vitalicio. Y todo ello, de nuevo, con ausencia de cualquier procedimiento administrativo. En esta póliza figura como tomadora la asociación 3 de julio, con importe total de

42.030, 01 euros y constando como mediadora "Holding europeo Tindex", sociedad del grupo Vitalia.

1. B) Posteriormente y de nuevo sin control del destino dado a los fondos públicos, en el año 2010, se le concedió a Acyco una ayuda excepcional bajo la falsa finalidad de mantener 144 puestos de trabajo (la plantilla era de 107) y cuyo objeto real era el pago de los costes de asesoramiento en el ERE de José Miguel C. R.. Ello se pactó por los encausados José Miguel C. R., Encarnación P., Gabriel B. y el entonces director General Juan Márquez. En concreto, el pago de la factura N° E-41308 de cantidad idéntica a la pendiente de pago por parte de Acyco a José Miguel C. R., que estaba siendo reclamada judicialmente, por importe de 109.620 Euros a cuyo abono se comprometió el Sr. Guerrero. Esta ayuda la solicitó Encarnación P. M., con la participación de Gabriel B..

La resolución de concesión de esta ayuda la suscribe Juan Márquez Contreras, como Director General de Trabajo, a sabiendas de la absoluta falta de procedimiento, sin fiscalización, con conocimiento del Viceconsejero de Empleo Agustín Barberá Salvador, sabiendo que era para el pago de honorarios del abogado (factura F-41308) y que falsamente parecía que era para el mantenimiento de 144 puestos de trabajo. Nunca hubo fiscalización previa, ni se justificó, ni controló el uso del dinero público, y todo ello era conocido por los encausados.

1.C) Habiendo cesado Juan Márquez, sin pagar ni siquiera el pago parcial de esta ayuda concedida, la misma la pagó el posterior Director General de Trabajo, Daniel Alberto Rivera, con conocimiento que era para el pago de la minuta de José Miguel C. R., cantidad que estaba

reclamando judicialmente a Acyco. Daniel Alberto Rivera dictó la Resolución de fecha 3 de septiembre de 2010 en la que tras afirmar que la ayuda solicitada era para los trabajadores de Acyco, ordenó el pago del 75% de la ayuda concedida por importe de 82.215 euros. Una vez pagada, el abogado pidió en el juzgado el archivo de su reclamación judicial, al haber visto satisfechas sus pretensiones.

Los encausados fueron conocedores de que estas "ayudas" se concedieron prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y sabían que ni la Dirección General de Trabajo ni idea iban a hacer un seguimiento alguno de las mismas ni, mucho menos, del plan de inversiones y de futuro al que se hacía referencia en el Convenio firmado entre Acyco y la Dirección General de Trabajo en el mes de octubre de 2003.

A los delitos que más abajo expondremos, hay que añadir a todos los encausados la acusación por un delito de asociación ilícita dado que estaban concertados en sus actuaciones de un modo expreso o tácito, existiendo una unión y acuerdo que duró en el tiempo para llevar a cabo la actividad delictiva. Si la conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo (art. 17.1 del código penal), la diferencia con la asociación ilícita "ha de verse en la mayor estabilidad de esta última y el cometido concreto de la primera, indeterminado en cuanto al número de infracciones en la asociación" (STS 1606/1993, de 24 de junio).".

Si comparamos los hechos incluidos en el auto de procedimiento abreviado y el relato incluido en el escrito de conclusiones provisionales de la acusación popular, en lo que se refiere a los hechos penalmente

relevantes que se describen, no encontramos diferencias sustanciales y, por tanto, que se haya producido esa "extralimitación" que daría lugar a la admisión de la cuestión previa por la realización de una acusación sorpresiva.

Bien entendido que, cuando esta acusación en el último párrafo afirma: *"A los delitos que más abajo exponremos, hay que añadir a todos los encausados la acusación por un delito de asociación ilícita dado que estaban concertados en sus actuaciones..."* ha de verse en la mayor estabilidad de esta última y el cometido concreto de la primera, indeterminado en cuanto al número de infracciones en la asociación" (STS 1606/1993, de 24 de junio).", tal párrafo no relata hechos nuevos sino que expone su conclusión acerca de la concurrencia del delito de asociación ilícita, cuya autoría predica respecto de todos los acusados, incluyendo consideraciones netamente jurídicas, impropias del relato fáctico del escrito de conclusiones provisionales.

Ciertamente el delito de asociación ilícita tal y como lo concibe la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exige los siguientes requisitos: a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) la consistencia o permanencia de la misma en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y d) el fin de la asociación, cuando se trata del caso del artículo 515.1º del Código Penal , ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El tipo delictivo exige, además, una pluralidad de partícipes, estructura definida, distribución de funciones, órgano directivo, vocación de permanencia, estructura jerárquica más o menos formalizada, reparto coordinado de cometidos o papeles, resultando completamente diferente la idea de concierto (donde concertar equivale a acordar o convenir) a la de organizarse para (STS 11-02-2013 y de 9-04-2014 entre otras muchas). Es preciso distinguir el delito de asociación ilícita de los supuestos de codelincuencia y de la propia conspiración para delinquir, “radicando la diferencia precisamente en la inestabilidad de su existencia y concreción del delito a realizar cuando se trata de éstas y las notas de estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa, además de una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar en el caso del tipo de la asociación ilícita propiamente dicha.”.

Pues bien, con independencia del encaje típico de las conductas descritas por la acusación en el delito de asociación ilícita, lo cierto es que, como ya se ha dicho, no es éste el momento de anticipar el debate acerca de si concurren o no las exigencias típicas que el mismo comporta, lo que supondría un análisis sobre el fondo no permitido en este momento, lo determinante es si ha existido una extralimitación en cuanto al relato de hechos por el que formula conclusiones provisionales la acusación popular susceptible de causar indefensión, lo que no ha existido.

La cuestión previa planteada, debe ser denegada.

6º.- Suspensión del juicio.

La defensa de José Miguel C. R. interesa, entre otras cuestiones, la suspensión del juicio hasta tanto no recaiga sentencia firme en el denominado procedimiento específico, que fue objeto de enjuiciamiento ante la Sección 1ª de esta Audiencia Provincial y se encuentra pendiente de la resolución del recurso de casación. Considera que la misma opera como cosa juzgada negativa en esta causa (bien bajo la modalidad de cosa juzgada o de mera exclusión).

Desde otra perspectiva, al amparo de lo previsto en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, interesa la aportación del testimonio de dicha sentencia firme como prueba necesaria, al tratarse de un medio de prueba de los hechos en aquélla contemplados y valorados, pudiendo afectar a la participación de los "extranei" y a la seguridad jurídica.

Alternativamente interesa que se considere como una cuestión prejudicial por analogía.

Por el mismo motivo interesa también la suspensión del juicio la defensa de Antonio José A. M. hasta tanto no sea aportada la citada sentencia firme, considerando que también le afecta en su condición de "extraneus", argumentando, en síntesis, que si no se enjuicia al principal tampoco él puede ser enjuiciado, en base a la teoría conocida como de accesoriedad limitada de los hechos típicos y antijurídicos cometidos por el autor, los cuales quedarán excluidos de este procedimiento según su criterio y la responsabilidad penal de los señores Guerrero, Fernández, Márquez, Barberà y Serrano no se ha establecido de manera definitiva dada la pendencia ante el Tribunal Supremo del recurso de casación planteado por sus defensas.

En el traslado para alegaciones, tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular ejercitada por la Junta de Andalucía se han opuesto a la admisión de la cuestión planteada.

Concordamos con el Ministerio Público que los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento en la Sección 1ª, en el denominado procedimiento específico, no condicionan el desarrollo de la presente causa, tratándose de hechos diferentes pues, por poner algún ejemplo, no se discute aquí la naturaleza de las transferencias de financiación, el ámbito y la naturaleza del control financiero permanente de la Agencia Idea; **sino la concreta participación de los acusados concedentes, pagadores y perceptores de la ayuda a ACYCO.**

Avala esta postura las distintas resoluciones dictadas respecto a la división del procedimiento matriz en piezas independientes.

A este respecto decía el auto de fecha 30 de julio de 2015 dictado en las diligencias previas número 174/2011 del Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla: *"lo cierto es que el resultado derivado del enjuiciamiento de quienes se encuentren imputados por los hechos que se integrarían en dicha pieza -el procedimiento específico- en ningún caso afectaría al resultado del enjuiciamiento de las demás piezas."*

Auto, éste, después aclarado y/o complementado por el de 9 de noviembre de 2015, de cuya parte dispositiva podemos extraer los siguientes fragmentos:

"HA LUGAR a completar/aclarar el Auto de fecha de 30 de julio de 2015 solicitado por las partes debiendo decir en su parte dispositiva:

SE ACUERDA: HABER LUGAR a la división de la causa dejando las DP 174/11 como pieza matriz donde se continuará la instrucción de la ayudas directas o sociolaborales cuyos atestados hayan sido incorporados a la misma, desgajándose en un futuro nuevas piezas para su enjuiciamiento cuyo diseño se realizará en atención al contenido de las sentencias que se dicten por la lima. Audiencia Provincial y estado en que se encuentre la instrucción.

El resto de las ayudas directas o sociolaborales que se presenten mediante atestado UCO se instruirán en la Diligencia Previa que se incoe al efecto.

Se dividen seis piezas:

1.-Una primera pieza relativa al PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO.

Hechos relativos a la participación activa y consciente en 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 infonne 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

2.-SOBRECOSISIONES.

Hechos relativos a la determinación o fijación de la prima de la póliza y porcentaje de comisión ilícita, bien de forma directa o bien indirecta.- y luego a su reparto presuntamente ilícito. Las sobrecosisiones derivan del hecho puesto de manifiesto en el estudio de las pólizas de rentas y de capital - no sólo en ayudas sociolaborales sino encubriendo ayudas directas a empresas (Aglomerados Morell) ,pagos de compromisos asumidos (FCC y CESPAN) o directamente pagos de deudas previas de empresas (comercial Dhull) - de importes de primas pagados por la Junta de Andalucía, muy superiores al precio de mercado de éstas, puesto que era la cuantificación de la prima el instrumento mediante el cual la mayoría de los agentes que intervienen en el proceso se garantizan una participación ilícita en el reparto de los fondos de la Junta de Andalucía.

3 -R.- S..

Hechos relativos a las ayudas concedidas al entramado empresarial vinculado a D. José Enrique R. R. y D. José María S..

4.- CENFORPRE

Hechos relativos a la suscripción, como asegurado en fecha 1 de agosto de 2007 póliza de rentas de supervivencia RS0044400000901/03

de la Cía. Personal Life y 9 pólizas de capital diferido, todas ellas en el mismo documento con la siguiente numeración: ...Serán enjuiciados en esta pieza todos aquellos que de forma activa y consciente participaron en la gestión, concesión de ayudas desde todos los ámbitos administrativos o privados, o se beneficiaron ilícitamente de las mismas

5.- SURCOLOR, SA Y SURCOLOR OPTICA S.A

Hechos relativos a la ayuda socio-laboral concedida a la empresa Surcolor.....

6.-ACYCO SAL

Hechos relativos a la concesión de la ayuda socio-laboral del ERE 29/03.

D.Gabriel B. R., Director de Recursos Humanos y Abogado de la empresa Acyco, realizó la organización administrativa del ERE desde su inicio, negociaciones, tramitación y solicitud de aprobación, con la constante intervención del despacho de Garrigues, incluyendo a D^a Encamación P. M., a sabiendas de que la misma no iba a extinguir su relación laboral con Acyco, pues seguiría ostentando el cargo de Presidenta de su Consejo de Administración, permitiendo que la misma se beneficiara económicamente de dicha situación a través de su desempleo y prestaciones por prejubilación financiadas por la Junta de Andalucía.

Así mismo realizó la solicitud de ayuda excepcional en el año 2010 y por un importe de 109.620 euros, alegando que era para el

mantenimiento de 144 puestos de trabajo, cuando en realidad era para el abono de la minuta de Garrigues por esa misma cuantía, sabiendo que en el Protocolo de Colaboración suscrito para financiar las prejubilaciones, había dos personas ajenas a la empresa, en este caso D. Andrés C. M. y D. Domingo M. C.

Don Daniel Rivera, accedería ilícitamente al pago de la ayuda sociolaboral excepcional que se había ordenado por su antecesor Don Juan Márquez Contreras por importe de 109.620 euros, sabiendo, presuntamente, que era para el pago de la minuta de Garrigues, despacho que había asesorado a Acyco en el proceso del ERE y de las prejubilaciones, y que justo esa cantidad era la que en concepto de honorarios venía reclamando dicho despacho a la Junta de Andalucía, honorarios a cuyo pago se comprometió inicialmente el Sr. Guerrero y al no verificarse fueron reclamados judicialmente a Acyco, habiendo aportado esta entidad en el breve expediente de dicha ayuda sociolaboral, documentación relativa al proceso judicial entablado por Garrigues a Acyco, documentación que era evidente que nada tenía que ver con el coste de contratación de personal eventual para el que formalmente se solicitó la ayuda, habiéndose acreditado además que el 75 % de dicha suma, cuyo pago se ordenó por el Sr. Rivera, se utilizó para el pago de la minuta de Garrigues, como así lo reconoció el Director de Recursos Humanos de Acyco, Don Gabriel B. R..

D. Antonio Fernandez García, Viceconsejero y Consejero de Empleo de la Junta de Andalucía.-. De estas ayudas individuales el Sr. Fernández tendría conocimiento directo en los Consejos de Dirección, a través de sus Directores Generales, Sres. Guerrero y Márquez.

Las dos personas que se incluirían ilícitamente consintiéndolo el Sr. Fernández, concretamente en la póliza de Acyco de fecha 1 de agosto de 2.003 de la compañía Personal Life, fueron un amigo y vecino de El Pedroso del Director General Sr. Guerrero, D. Andrés C. M. y D. Domingo M. C., quien fuera Alcalde del PSOE de la localidad de San Nicolás del Puerto durante doce años, entre otros cargos; ambos figuraban en el Anexo firmado por el Sr. Guerrero del Protocolo de Colaboración suscrito por él y la empresa Acyco. Andrés C. percibió 113.480,13 euros y Domingo M. C. 109.572,19 euros.-

E1 1 de agosto de 2003 D. Andrés C. M. obtuvo sin derecho alguno la percepción de unas rentas mensuales con cargo a los fondos de la Junta de Andalucía que ascendería a un total de 130.105,85 euros, firmando para ello el certificado individual 001 de la póliza de rentas de supervivencia RS-0027400000582 de la aseguradora Personal Life, siendo la tomadora de dicha póliza Vitalia y por la que desde el 1 de agosto de 2003 hasta el 31 de mayo de 2013 cobraría, a sabiendas de que no le amparaba derecho alguno, en tomo a los 1.100 euros aproximadamente, si bien en el año 2010 cobró el resto de las prestaciones que le quedaban ascendente a la suma de 43.151,67 euros.

Esta pieza se dirigirá 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" (sic).

La previsión de la magistrada instructora de ir esperando al dictado de las sucesivas sentencias para ir avanzando en la división en piezas, fue dejada sin efecto por auto de la Sección Séptima de fecha 8 de

agosto de 2016, que estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra los autos de 30 de julio de 2015 y de 9 noviembre 2015 (aclaratorio del anterior) en los siguientes términos: *"habida cuenta de que realmente se trata de un pronunciamiento declarativo de no fácil comprensión; que habría de desplegar su eficacia en el futuro sin que la señora juez de instrucción motive tal decisión, y de difícil si no imposible encaje procesal en el seno de la instrucción, que ha de tener su propio ritmo, por lo que supone condicionamiento ralentización de la misma.*

En consecuencia deberá eliminarse tal pronunciamiento del auto del juzgado de 9 de noviembre del pasado año 2015". (Fundamento Cuarto).

Sobre este particular no consta, no se ha alegado ni justificado que tras el dictado de la sentencia en el denominado procedimiento específico se haya dictado resolución alguna que ordene la paralización de la tramitación enjuiciamiento de los procedimientos relativo a las restantes piezas separadas, como sería el caso de la pieza "Surcolor" también turnada a esta misma Sala para su enjuiciamiento.

En suma, no se aprecia la identidad de objeto de esta pieza con los hechos a que se refiere el procedimiento específico. Tampoco coinciden los acusados, no existiendo, por tanto, identidad subjetiva entre ambos procedimientos (con independencia de que algunos investigados también se encuentre acusados en esta causa), por lo que no apreciamos que exista razón alguna que justifique ningún tipo de pendencia, ni siquiera por analogía ningún tipo de cuestión prejudicial, que conlleve la paralización del presente procedimiento.

Tampoco cabría la suspensión por considerar que, la sentencia firme que recaiga tras la resolución del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 1ª dictada en el procedimiento específico, constituya una prueba necesaria, pues se trataría de una prueba de futuro contraria al principio de seguridad jurídica.

Como afirma la acusación particular ejercitada por La Junta de Andalucía se trata de *"una prueba documental que al momento actual es inexistente. Esta no es una causa de suspensión del procedimiento que esté legalmente prevista y que como la propia parte proponente reconoce sólo constituiría una suerte de prejudicialidad por la vía analógica, que igualmente debe ser rechazada de conformidad con lo establecido en los artículos 4 de la Lecrim y 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial."*

No puede tampoco pasarse por alto que se ignora el momento en que la citada sentencia podrá adquirir su firmeza, no sólo en espera del pronunciamiento del Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación interpuesto, sino además por las posibilidades de que se ejerciten otros recursos en otras instancias (piénsese por ejemplo en la eventual interposición del recurso de amparo constitucional), lo que además debe compatibilizarse con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La solicitud de suspensión del juicio hasta tanto no adquiera firmeza la sentencia del denominado procedimiento específico, debe ser denegada.

7º.- Son varias las cuestiones planteadas por la defensa de Jesús María B. R..

Alega, en primer lugar, la vulneración de derechos fundamentales y a la presunción de inocencia, interesando la nulidad de actuaciones al amparo de lo previsto en los arts. 24.1 y 2 CE, 118, 385, 389, 391 y 396 de la LECrim, por ausencia de declaración de este acusado en estas diligencias, interesando la nulidad de actuaciones con retroacción de las mismas.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercitada por la Junta de Andalucía se oponen a su estimación.

La cuestión debe ser desestimada por cuanto que el mismo, tal y como se admite por su defensa, prestó declaración en las diligencias de las que ésta trae su causa.

Para llegar a tal conclusión disponemos de la certificación de la señora letrada de la administración de justicia sobre los particulares que se incorporaron a la presente causa, procedentes de las D.P. 174/11, Tomo 3, folios 1407 y siguientes.

En efecto, la diligencia de declaración aparece fechada el 20 de marzo de 2013. En ella, junto a otras muchas ayudas, el acusado fue interrogado expresamente por ACYCO, respondiendo a las preguntas que SS^a le hizo en relación con esta causa, folios 1354 y 1356. Previamente, en el ramo principal había sido objeto de expresa imputación por auto de 27 de enero de 2012.

Incoada la presente pieza, Diligencias Previas nº 5744/2015, consta que se personó como investigado mediante escrito de fecha 30 de

octubre de 2015, siendo posteriormente considerado de nuevo como investigado en el auto de desarrollo de fecha 26 de noviembre de 2015 (folio 866).

Dictado auto de transformación en procedimiento abreviado y dirigiéndose al mismo contra Jesús María B., la misma cuestión fue planteada en dicho recurso y resuelta por auto de fecha 2 de enero de 2018 por la Sección 7ª de esta Audiencia Provincial, Rollo número 1737/2018, que en el particular relativo a la vulneración denunciada, se pronuncia en los siguientes términos:

"Segundo.- Sostiene la recurrente que reitera este primer motivo por coherencia con lo que expuso en su escrito de recurso de reforma contra el auto de 26/09/2016.

Expresa que la resolución que recurre dimana de las diligencias previas 5744/15, y éstas, a su vez, tienen origen en la decisión adoptada de dividir las iniciales diligencias 174/11 motivado por la necesidad de dar concreción a los hechos que eran objeto de investigación.

A su patrocinado no se le había llegado a recibir declaración como imputado/investigado en las nuevas diligencias previas 5744/15, sino en las anteriores, declaración que tuvo lugar el día 20/03/2013, y lo que se había traído a este procedimiento era testimonio de aquella declaración como imputado, declaración que -según estima- fue genérica y relativa a la investigación que por entonces se realizaba. Pero esas iniciales Diligencias Previas 174/11 abarcaban o suponían tal multitud de hechos e implicados, que hacía imposible un efectivo ejercicio del derecho de defensa pues faltaba la concreción. Considera por tanto que lo adecuado

para que se pudiese ejercer ese derecho de manera efectiva y real hubiera sido que una vez incoada estas nuevas diligencias 5744/15 se hubiera llamado al Sr. B. para que prestase declaración como investigado. Tal proceder no sería una mera práctica formal o innecesaria, sino garantía plena de su derecho a intervenir en un proceso en el que se encuentra implicado, sin que considere que la respuesta judicial dada en el auto resolutorio del recurso de reforma respecto a que el investigado podría haber solicitado declarar nuevamente conforme al artículo 400 de la LECR pueda ser aceptable puesto que no es obligación del imputado o investigado solicitarlo, sino del Sr. Instructor acordarlo.

La declaración que prestó el Sr. B. en su momento en las Diligencias Previas 174/11 fue para el recurrente un "totum revolutum" de manifestaciones sobre distintas empresas, ayudas e intrusos en la que no hubo manifestaciones concretas sobre hechos que ahora se atribuyen como delictivos.

No se pueden aceptar los argumentos expuestos para instar la nulidad de la resolución que solicita.

No cualquier defecto procesal (que adelantamos no advertimos) determina una declaración de nulidad, sino que como el propio artículo 238 de la LOPJ exige, dicho defecto debe producir indefensión, y en el caso de autos ni puede la parte recurrente aducir que se ha dictado un auto sin haber sido previamente imputado, ni cabe aceptar que se haya menoscabado su derecho a defenderse por desconocer los concretos hechos por los que se ha considerado que la causa debe continuar.

El examen de los testimonios permite confirmar que el día 20/03/2013, D. Jesús M^a B._R. prestó declaración como imputado en el seno de las Diligencias Previas 174/11.

Tal y como puede comprobarse, fue debida y cumplidamente informado de los hechos que presuntamente se le atribúan.

En concreto se recoge en la citada diligencia lo que sigue como imputación:

"1.- Jesús B. R., Trabajador de Vitalia desde 1995, asumió la dirección de la sede de la consultora en Sevilla en 2003, siendo el Delegado Regional de Vitalia para Andalucía, bajo la supervisión de Antonio A., Director General de la Consultora. El Sr. B. era el consultor responsable para la zona de Andalucía y Extremadura.

2.- El imputado era personal de confianza de A. y con una excelente relación con el DGTSS Guerrero Benítez. En el ámbito de Vitalia, facilitaría la inclusión de la mayor parte de los intrusos localizados hasta la fecha. Las declaraciones del personal que integra la plantilla de Vitalia en relación al papel de B. ayudan a reconstruir cuales eran exactamente las funciones que éste desarrollaba y su importante papel en la inclusión de intrusos en los distintos expedientes. De dichas manifestaciones se deduce:

**B. conseguía una parte muy importante del trabajo para Vitalia en función de sus buenas relaciones y contactos en la DGTSS (directamente con Guerrero), con Juan L. y los sindicatos (especialmente con Juan Antonio F. de CCOO perteneciente a la Federación de Industria, textil,*

Química y afines): Las buenas relaciones con los anteriores supuso que la sede de Vitalia en Sevilla pasara de no tener prácticamente trabajo a tener mucho, siendo necesaria la contratación de nuevo personal (parte del cual llegaba de la mano del Director General), así como la compra de equipamiento y el alquiler de nuevas instalaciones.

**E1 imputado era responsable directo de los "especiales" o intrusos. Sin su conocimiento y participación resultaba imposible incluir a un intruso. B. sería el encargado de indicar a quien debía incluirse irregularmente en las pólizas, estableciendo los mecanismos necesarios para grabarlos sin que el sistema informático diera errores ante la falta de los datos necesarios para su correcta mecanización.*

**En el caso de los intrusos, como estos no se les podían realizar el cálculo de las rentas a percibir como a los trabajadores legítimos con derecho a prejubilación (en función de la vida laboral, situación familiar, cotizaciones etc...) era el propio B. el que daría las instrucciones concretas al departamento de planes de Barcelona, de cómo tenían que calculárseles, especificando las condiciones en las que los intrusos eran incluidos en las pólizas.*

**Era Vd el que junto con Antonio A. recibía las peticiones de introducir intrusos en las pólizas financiadas por la Junta. Esas solicitudes podían tener diversos orígenes: la Administración Andaluza (Consejería de Empleo, DGTSS, asesores o colaboradores, el Delegado Provincial de Empleo en Sevilla), sindicatos, Juan L. o los propios empresarios.*

**Debido al desconocimiento que tenían el resto de los trabajadores de Vitalia Sevilla al respecto de los intrusos y su gestión, cuando uno de*

estos llamaba en relación con alguna incidencia en relación a la póliza donde habían sido incluido, estos pedían (los intrusos) que se les pasara directamente con B. siendo Vd el que les resolvía las incidencias. Cuando el que llamaba era beneficiario "legal" en las pólizas, a diferencia de lo que ocurría con los intrusos, la incidencia era solucionada directamente por los trabajadores de Vitalia.

3. Del informe patrimonial realizado a su persona se deduce que:

**Jesús B. ha visto incrementado su patrimonio personal debido a los abonos que indiciariamente provienen del entramado de Vitalia y por consiguiente estarían vinculados a la liquidación de comisiones por su intervención como responsable de la oficina de Vitalia de Sevilla en la actividad investigada*

** Si se suman las cantidades de los adeudos de las cuentas bancadas de B. en concepto de cheques, transferencias y disposiciones en efectivo, sumarían 1.172.285'08 € durante el periodo investigado.*

Dicha imputación fue lo suficientemente concreta para que la crítica a la generalidad de sus términos deba necesariamente decaer, como tampoco cabe aceptar que no se le diera al Sr. B. la posibilidad de explicarse por lo que a la ayuda que es objeto del procedimiento se refiere.

En concreto y por lo que se refería a ACYCO, fue expresamente preguntado en dicha declaración judicial. Reconoció su intervención en el expediente; manifestó desconocer a D. Andrés C. y D. Domingo M. (los presuntos intrusos) pero sí conocer a D^a Encamación P. que era

empleada de ACYCO, de la que dijo ignorar que pensaba seguir como presidenta del Consejo de Administración pese a terminar incluida en el expediente de regulación de empleo; e igualmente admitió saber que el bufete Garrigues había intervenido en la ayuda-

La extensa declaración prestada por el investigado (folios 39.469 a 39.498 de las actuaciones iniciales) permite rechazar la queja invocada sobre la generalidad o imprecisión de los hechos por los que se ha decidido proseguir.

El Sr. Magistrado en su auto de incoación de procedimiento abreviado en el caso ACYCO extracta la razón de la prosecución contra el mismo en el punto 6º del antecedente tercero cuando expresa que el Sr. B., encargado regional de dicha entidad (en relación a Vitalia); "Realizó los cálculos actuariales de las pólizas y concretamente los de los intrusos del presente expediente, y todo ello, pese a que Vitalia carecía de autorización para actuar como correduría de seguros y pese a que sabía que los intrusos tenían tal condición."

Luego en el fundamento jurídicos segundo nº 6 abunda en la razón de la continuación, puesto que la tramitación de los intrusos difería, evidentemente de los trabajadores reales sujetos al ERE.

No cabe por consiguiente que estimemos la nulidad que se invoca para que formalmente se le reciba nueva declaración al investigado.

Tiene razón el Sr. Magistrado cuando menciona que si el Sr. B. tenía interés en hacer alguna otra declaración, su defensa tuvo oportunidad de solicitarla, pues advertimos que, si tal como se expresa en el recurso las

diligencias previas que dan origen al auto recurrido se incoan en noviembre de 2015 y el auto de incoación de procedimiento es de septiembre de 2016, esta posibilidad existió, lo que viene a abundar en el rechazo del motivo invocado.” (sic).

En suma, al acusado se le formuló una expresa imputación que se concretó en una resolución judicial, auto de fecha 27 de enero de 2012 dictado en la pieza principal, de la que pudo defenderse en sus declaraciones sobre los hechos que aquí nos ocupan. Una vez incoadas las presentes diligencias, pieza ACYCO, el mismo se personó como investigado en debida forma, estando comprendido en el auto de 26 de noviembre de 2015 dictado en las presentes Diligencias Previas número 5744/2015, auto también denominado "de desarrollo" . Posteriormente fue incluido en el auto de transformación de las diligencias en procedimiento abreviado de fecha 26 de septiembre de 2016, contra el cual opuso o pudo oponer los correspondientes recursos, siendo rechazada su solicitud como ya hemos expuesto.

Ninguna indefensión material, por tanto, se le ha producido sin que pueda calificarse de inesperada o sorpresiva su llamada a esta causa y no se ha menoscabado su derecho de defensa.

La cuestión, en consecuencia, no puede ser admitida.

-Falta de concreción de la participación del acusado en el delito de malversación, vulneración principio de legalidad, artículo 25 C.E., y seguridad jurídica del artículo 9.3 C.E. Interesando que se tengan por nulos e ineficaces los escritos de acusación formulados decretándose el sobreseimiento libre.

Como una consecuencia del anterior articula la defensa del acusado este motivo, aduciendo que su falta de conocimiento del concreto ilícito que se le imputaba restringió su derecho de defensa y a contradecir el material de la imputación. Primero no se le concretó su imputación en estas precisas diligencias previas, de la lectura de los escritos de conclusiones provisionales se desprende la existencia de una acusación difusa, imprecisa y vaga respecto del delito de malversación.

Procede que nos remitamos a las consideraciones antes efectuadas para denegar la cuestión pues ninguna indefensión se le ha causado debiendo añadirse, de un lado como ya se ha reiterado, que lo vinculante son los hechos y no las calificaciones jurídicas, y en esta fase procesal lo pertinente no es el dictado de sobreseimiento libre, sino que lo procedente es, tras la celebración del plenario, la condena o absolución.

Alteración del orden de práctica de la prueba.

La defensa del acusado interesa que su declaración se realice después de la práctica de todas las pruebas propuestas por la parte, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el artículo 24 de la C.E.

La cuestión suscitada en modo alguno resulta novedosa y ha obtenido cumplida respuesta por parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La Sentencia núm 259/2015 de fecha 30/04/2015 de la Sala 2º del TS, ha dejado zanjada la misma en los siguientes términos: *"...el orden en el que debe practicarse la prueba está predeterminado*

legalmente en el art 701 de la LECriminal existiendo un usus fori muy consolidado que sitúa la declaración del encausado al comienzo del juicio oral con el fin de precisar la versión de los encausados delimitando así las cuestiones fácticas controvertidas.”

Pues bien, con independencia del valor probatorio que tenga la declaración del acusado, con los matices y limitaciones establecidos por la Jurisprudencia en aras a no vulnerar el principio de presunción de inocencia, el orden en el que deben practicarse las pruebas está predeterminado legalmente en el artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Antes de ello disponen los artículos 688 y siguientes de la ley ritualaria, que el Presidente efectuará ciertas preguntas a los acusados respecto a si se confiesan reos del delito y responsables civilmente y si fueren varios preguntará a cada uno la participación que se le haya atribuido.

En lo que se refiere a la práctica de la prueba las previsiones legales son claras, se comenzará con la que haya propuesto el Ministerio Fiscal, continuando con la propuesta por los demás actores, y, por último, por la de los acusados. Las pruebas de cada parte se practicarán según el orden con que hayan sido propuestas en el escrito correspondiente sin perjuicio de la posibilidad de alterar el orden de las pruebas, a que se refiere el último párrafo del citado artículo 701 de la LECrim, “cuando así lo estime procedente para el mayor esclarecimiento de los hechos o para el más seguro descubrimiento de la verdad”. “En definitiva, la facultad de alterar el orden de las pruebas, de oficio o a instancia de parte, viene atribuida

por la Ley al Presidente (art 701, "in fine", de la Lecrim, y STS 309/2009, de 17 de marzo, entre otras) (STS 259/2015, de 30 de abril de 2015).

Este Tribunal no desconoce la polémica y las soluciones doctrinales dadas sobre cuál sería el momento oportuno para que se produjeran el acto del plenario la declaración del acusado, las cuales han sido resueltas por nuestra jurisprudencia, resultando particularmente significativa, por el abordaje que realiza no sólo respecto de todas las cuestiones aquí planteadas sino también de algunas otras de índole claramente práctico, la citada STS de fecha 30 de abril de 2015:

<<Con independencia de la valoración que pueda realizarse desde una perspectiva teórica o de "lege ferenda" sobre cuál debería ser el momento más adecuado para la declaración de los acusados en el juicio oral, lo cierto es que un "usus fori" muy consolidado sitúa esta declaración al comienzo del juicio, con el fin de precisar la versión de los acusados delimitando así las cuestiones fácticas controvertidas. Y éste fue el momento procesal en el que se interesó la práctica de la prueba por el Ministerio Fiscal, por lo que el Tribunal sentenciador no hizo más que cumplir lo que establece la ley, al seguir el orden de práctica de las pruebas establecido en el art 701 de la Lecrim.

Esta dinámica judicial usual contribuye a esclarecer y simplificar el desarrollo del juicio, al concretar los hechos que deben ser acreditados por la acusación, y evitar la dilación que conllevaría desarrollar un esfuerzo probatorio específico para tratar de demostrar datos o elementos fácticos, centrales o meramente periféricos pero relevantes, que son admitidos por los propios acusados, máxime cuando otro "usus fori" muy habitual determina que los escritos de calificación provisional

de las defensas no contengan ordinariamente relato de hechos, limitándose a negar los hechos de la acusación, por lo que la posición específica mantenida por los acusados en el ámbito fáctico no se encuentra, en la mayoría de las ocasiones, suficientemente precisada antes del juicio.

Esta práctica judicial habitual, que tiene sus antecedentes en la época de entrada en vigor de la propia Lecrim (SSTS de 19 de mayo, 28 y 30 de junio de 1883, e Instrucción 51/1883, de la Fiscalía del Tribunal Supremo), trata de suplir una laguna apreciable en la Lecrim que no prevé expresamente un momento procesal para que los acusados puedan ejercer su derecho a declarar, salvo a través del ejercicio de su derecho a la última palabra, que constituye un trámite muy tardío, y escasamente determinante, que se produce cuando el juicio prácticamente ha terminado.

En consecuencia, para evitar que el derecho de los acusados a expresarse y aportar su versión se demore a este tardío momento procesal, y teniendo en cuenta que el juicio debe comenzar en todo caso con la lectura de los hechos de la acusación y la pregunta a los acusados sobre su conformidad con los mismos, el "usus fori" determina que, en caso de respuesta negativa a dicha solicitud de conformidad, el juicio comience precisamente con las explicaciones y aclaraciones del acusado, contestando, si desea hacerlo, a las preguntas que le formulen la acusación y su propia defensa.

A través de esta declaración inicial y del derecho a la última palabra, los acusados pueden ejercer doblemente su derecho a expresarse sobre

la acusación formulada contra ellos, tanto al comienzo del juicio como al final. El juicio comienza y termina dando la palabra a los acusados."

"Ha de tomarse también en consideración que en los supuestos de pluralidad de acusados, la declaración de cada uno de éstos tiene una doble naturaleza, en la medida en que puede servir, con las prevenciones oportunas, como prueba de cargo contra los demás, por lo que la declaración al comienzo del juicio facilita el derecho a la contradicción de las defensas de los demás acusados, en el caso de que la declaración inicial de uno de los ellos contenga elementos incriminatorios para los demás.

Es cierto que este "usus fori" ha sido impugnado por un sector doctrinal, cuestionando que sea lo más conveniente para el ejercicio del derecho de defensa. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 309/2009, de 17 de marzo, entre otras) no aprecia que esta práctica usual determine la indefensión de los acusados, pues éstos pueden, en cualquier caso, ejercer su derecho constitucional a no declarar, y a no declararse culpables, negándose a responder a cualquier pregunta que estimen que pueda comprometerles.

En la doctrina de esta Sala se señala que cuando se realiza la declaración del acusado, con independencia del momento del juicio en el que se produzca, el acusado ya conoce las pruebas que la acusación propone como de cargo y las manifestaciones de los testigos ante el Instructor; ya ha podido tener información acerca del planteamiento de su defensa o de la de otros acusados sobre la validez de las mismas; ya dispone de la necesaria asistencia letrada; ha tenido oportunidad de asesorarse suficientemente acerca de las eventuales consecuencias de la

validez o eficacia de las pruebas existentes en su contra; ha tenido oportunidad de pedir y recibir opinión y consejo técnico acerca de las posibles consecuencias de su declaración; y ha sido informado debidamente de sus derechos, entre los que se encuentra el de no declarar, no confesarse culpable y no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le hagan. En definitiva, ha tenido oportunidad de decidir cómo orientar su declaración y su defensa (STS núm. 1129/2006, de 15 de noviembre, entre otras), por lo que no cabe apreciar que esta declaración, en todo caso voluntaria, le ocasione indefensión.

Es cierto que el modelo anglosajón es otro, y que este modelo ejerce una influencia cada vez más acusada, y a veces excesiva, en el ámbito de la doctrina procesal, pero no siempre es conveniente ni necesario insertar elementos aislados de un modelo procesal en otro que funciona, en su conjunto, con parámetros diferentes. Máxime cuando en el modelo anglosajón el acusado es libre de no declarar, pero si lo hace está obligado a decir verdad, e incluso puede ser acusado de perjurio si miente para evitar incriminarse.

...También es cierto que existe en el momento actual una práctica judicial minoritaria que admite la alteración del orden habitual de las pruebas en cuanto a la declaración del acusado, partiendo de la base de que el derecho a no declarar y a no confesarse culpable incluye el derecho a que el acusado adapte su declaración a la prueba que se haya practicado a lo largo del juicio. Se alega que estando presente el acusado durante las testificales y el conjunto de la prueba practicada en el juicio, si declara al final tiene la posibilidad de adaptar sus respuestas según mejor convenga a la tesis de su defensa.

Sin entrar en la polémica, y advirtiendo sobre la pérdida de credibilidad de la declaración que esta práctica podría conllevar, máxime cuando en nuestro modelo procesal si el acusado decide declarar no está obligado a decir la verdad, lo cierto es que hasta la fecha la Jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Constitucional o del TEDH no ha extendido el derecho constitucional a no declararse culpable hasta el punto de que corresponda a la defensa elegir el momento en que el acusado debe declarar o que sea necesario que su declaración se produzca al final el juicio.

Ha de resaltarse, con independencia del sistema que pueda adoptarse en el futuro a través de una eventual reforma legislativa, que importar acríticamente el modelo norteamericano derivado de la Quinta Enmienda de su Constitución, en el sentido de que el acusado no está obligado a declarar pero si lo hace corresponde a la defensa decidir el momento de su declaración en el juicio, no puede perder de vista que en dicho modelo esta facultad está compensada por el hecho de que cuando el acusado renuncia a su derecho a no declarar se convierte en un testigo más, con la posibilidad de ser perseguido por perjurio caso de no decir la verdad, perdiendo la inmunidad frente al delito de falso testimonio. Inmunidad que en nuestro modelo el acusado conserva en cualquier caso.

...Como recuerda la STC 25/2011, de 14 de marzo, "la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición

contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales. Por otro lado, para que la indefensión alcance la dimensión constitucional que le atribuye el art. 24 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (SSTC 109/1985, de 8 de octubre; 116/1995, de 17 de julio; 107/1999, de 14 de junio; 114/2000, de 5 de mayo; 237/2001, de 18 de diciembre, entre otras muchas)" (STC 25/2011 citando la 62/2009, de 9 de marzo).

En el caso actual no se aprecia una actuación incorrecta del órgano jurisdiccional, exigible conforme a la doctrina constitucional invocada para la apreciación de la indefensión, sino el ejercicio razonable de una facultad que atribuye expresamente al Tribunal la normativa procesal, por lo que el motivo debe ser desestimado".

En conclusión, como señala la reciente STS 394/2014, de 7 de mayo, "No corresponde al acusado fijar el orden de la actividad probatoria a practicar para el esclarecimiento de los hechos". >>

En suma, no se han aportado argumentos suficientes que motiven la alteración del orden en la práctica de la prueba instada por la defensa del encausado, sin que se aprecie que se le cause una indefensión trascendente, la no alteración del orden en la práctica de la prueba interesada. Tampoco se ha concretado la necesidad de tal forma de proceder resultando, por lo demás, que este Tribunal ya fijó el orden de la práctica de la prueba en las diversas resoluciones dictadas al respecto.

De llegar a otra conclusión, es decir la bondad de practicar la declaración del acusado con posterioridad a la del resto de la prueba, debería venir referida no solo a él sino también a las de los demás acusados.

Entendemos además que con el derecho a la última palabra, que se realiza tras la práctica de toda la prueba, de las conclusiones de las partes e incluso sus informes, se refuerza la garantía de que el acusado pueda defenderse.

En virtud de lo expuesto, las cuestiones previas planteadas por la defensa del acusado Jesús María B. R. deben ser desestimadas.

8º.- La defensa de Andrés C. M. interesa el archivo del procedimiento y el sobreseimiento por incapacidad sobrevenida, de conformidad con lo establecido en el art 383 de la L.E.Crim, en base al estado de salud del mismo y a fin de salvaguardar su derecho de autodefensa.

Subsidiariamente, que se le excuse de asistir a todas las sesiones del juicio, salvo las imprescindibles para prestar declaración y ejercer su derecho a la última palabra.

El artículo 383 de la L.E.Crim dispone que, en los supuestos de demencia sobrevenida del procesado después de cometido el delito, concluso que sean sumario se mandará archivar la causa por el tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de este lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia.

Sobre la cuestión ahora sometida a nuestra consideración disponemos de dos periciales forenses. En primer lugar la de D. Rafael R. M., que informa que Andrés C. M. presenta enlentecimiento psíquico, ligera disminución en el nivel de atención y concentración, cierto decaimiento anímico, dificultades en la evocación ordenada de recuerdos del pasado remoto así como en la memoria reciente (dificultades que con tiempo y ayuda pueden ser solventadas); aceptable orientación temporoespacial; cálculo aritmético básico aceptable. Test de Pfeiffer efectuado con dos errores (funcionamiento intelectual normal), desde el punto de vista neuropsiquiátrico se le podrían efectuar entrevistas de duración corta e individualizadas a su estado: necesidad de hablarle lento, planteándole las cuestiones de manera pausada, dando tiempo necesario a sus respuestas; no exponerlo a estrés moderado; necesidad de descanso periódico. Si el procedimiento al que debe asistir es prolongado en el tiempo, y con la participación de muchas personas que aporten variados y numerosos testimonios, va a presentar dificultades importantes para realizar un seguimiento pleno y en tiempo real de todo cuanto vaya desarrollándose. Situación que se va a mantener en el tiempo a largo plazo.

Por su parte D. Jesús Alberto P.-M., tras haber procedido al reconocimiento médico forense de Andrés C. M. de 72 años de edad, con objeto de informar sobre la capacidad del peritado de asistir a juicio, informa que el estadio evolutivo de la enfermedad de Parkinson en el que se encuentra el explorado, desde la perspectiva orgánica (no mental), no le impide rigurosamente la asistencia a una vista oral. La asistencia prolongada en el tiempo a dichas vistas, en confluencia con la edad del explorado, puede repercutir negativamente en la sintomatología de su

enfermedad con la aparición de cansancio extremo y dolores articulares añadidos, por lo que es aconsejable el descanso periódico en su asistencia.

El contenido de estos dictámenes periciales permite concluir que el funcionamiento intelectual del acusado es normal, disponiendo de una aceptable orientación temporoespacial, por lo que debe descartarse un estado similar al de demencia.

No obstante, los padecimientos de los que adolece y las consecuencias que los mismos le acarrearán (enlentecimiento psíquico, ligera disminución en el nivel de atención y concentración, cierto decaimiento anímico, dificultades en la evocación ordenada de recuerdos), recomiendan admitir la solicitud alternativamente interesada por su defensa, consistente en que se le conceda la excusa de asistir a todas las sesiones del juicio, salvo las imprescindibles para prestar declaración y ejercer su derecho a la última palabra, solicitud a la que no se opone la acusación particular ejercida por la Junta de Andalucía.

Y ello sin perjuicio de que en su intervención en el plenario, en especial en el momento de su declaración, sean tomadas en consideración todas las prevenciones efectuadas por los señores médicos forenses (necesidad de hablarle lento, planteando las cuestiones de manera pausada, dando tiempo necesario a sus respuestas; no exponerlo a estrés, necesidad de descanso periódico, etc. etc.).

Consecuentemente se admite la petición subsidiariamente interesada por la defensa del acusado Andrés C. M., excusando su asistencia a todas las sesiones del juicio, permitiendo su ausencia de las mismas, salvo

aquellas en que su presencia es imprescindible, en concreto para prestar declaración y ejercer el derecho de última palabra, permitiendo que el mismo comparezca cuantas veces su estado se lo permita.

9º.- Exclusión de enjuiciamiento en base al principio bis in idem en relación con lo enjuiciado en el denominado procedimiento específico.

Las defensas de varios de los acusados en esta causa interesan que los mismos sean apartados del juicio y excluidos del enjuiciamiento.

*Así la defensa de Francisco Javier Guerrero Benítez interesa tal exclusión con base al principio non bis in idem, en relación con lo enjuiciado en el procedimiento específico, en el que ha sido condenado en primera instancia por la Sección 1ª por delito continuado de malversación y prevaricación e interesa que se decrete el sobreseimiento libre respecto de él.

Alega que su situación es igual a la del acusado Fernández García (aunque no disponga de auto de la Sección 7ª a su favor en el que así se acuerde) y ha sido excluido de otras piezas como es el caso de "SAMEC" o "González Byass", en las que la Sección 7ª al resolver los recursos de apelación concluye que, en el procedimiento denominado específico, ya se dirigió contra él por todas y cada una de las ayudas concedidas conforme al plan en cuya idea participó con conocimiento de los pagos realizados. A este respecto cita el auto de la Sección 7ª de 16 de enero de 2019, recaído en las diligencias previas número 1346/2017 (pieza hotel Málaga Palacios) en el que la sección 7ª argumenta expresamente por qué no utiliza las figuras de los artículos 634 a 645 o 779, existiendo por tanto duplicidad de procedimientos.

*Igual solicitud de exclusión formula la defensa de Agustín Barberà Salvador, adhiriéndose al planteamiento efectuado por la defensa de Francisco Javier Guerrero Benítez, invocando en su apoyo las tesis mantenidas por la Sección 7ª y el principio de seguridad jurídica, afirmando que quien ha sido enjuiciado por el todo no puede ser enjuiciado por una parte de ese todo.

*La defensa de Antonio Fernández García plantea la exclusión del juicio de su defendido como cuestión previa o de previo pronunciamiento al amparo de los artículos 786.2 y 666. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o el sobreseimiento libre.

En apoyo de sus pretensiones hace especial hincapié en el auto de fecha 2 de enero de 2018, recaído en esta causa dictado por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el que *"estimando el recurso de apelación interpuesto por su representación procesal, revoca el auto de fecha 29/11/2016 dictado por el Sr. Magistrado del Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla (y con él el de 26/09/2016) en lo que a la prosecución de la causa contra D. Antonio Fernández García se refiere, teniéndolo por excluido del procedimiento."*

*La defensa de Juan Márquez Contreras interesa el sobreseimiento libre o, si se considera que la sentencia de la Sección 1ª no es firme en este punto, solicita alternativamente su exclusión de este procedimiento, adhiriéndose a las exposiciones efectuadas por las defensas de Antonio Fernández García, Agustín Barberà Salvador, Francisco Javier Guerrero Benítez y Miguel Ángel Serrano Aguilar.

*Invocando también la aplicación del principio bis in ídem, la defensa de Daniel Alberto Rivera Gómez solicita su exclusión de enjuiciamiento o apartamiento de este procedimiento o, en su caso, el sobreseimiento.

Admite que existen algunas diferencias en cuanto a su situación respecto a la de los demás acusados dado que, aunque inicialmente fue acusado en el procedimiento específico e incluido en el auto de apertura de juicio oral de aquel procedimiento, por auto de 21 de abril de 2017 de la Sección 7ª se decretó su sobreseimiento, por lo que no fue enjuiciado. Ello sin embargo, aduce, supone una duplicidad de acusación, es decir un doble peligro de condena "double jeopardy". Además en ese procedimiento específico el Ministerio Fiscal retiró la acusación por los hechos relativos al ejercicio presupuestario de 2010, único periodo en el que intervino este acusado.

Tal cúmulo de circunstancias, a juicio de su asistencia letrada, han producido que Daniel Rivera no haya tenido oportunidad de realizar alegaciones en dicho procedimiento, lo que vulnera el principio de audiencia.

*Finalmente, la defensa de Miguel Ángel Serrano Aguilar plantea, como cuestión de previo pronunciamiento, su exclusión con base en la resolución de la Sección 7ª, interesando de este Tribunal que tal apartamiento se realice de manera prioritaria y con independencia de si se accediera a las solicitudes efectuadas por otras defensas respecto a la suspensión del juicio, en tanto recaiga la sentencia dictada por la Sección 1ª.

En lo que se refiere Miguel Ángel Serrano Aguilar, cabe recordar que por auto de fecha 10 de noviembre de 2017 de la Sección 7ª, Rollo 2336/2017, al resolver el recurso planteado por su representación procesal contra el auto de 26/09/2016 por el que se acordaba por el Juzgado de Instrucción número 6 de Sevilla la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, estimó parcialmente el recurso de apelación y revocó parcialmente el auto del Magistrado Instructor en el sentido de *"excluir del Procedimiento Abreviado 212/16 a D. Miguel Ángel Serrano Aguilar."*; por cuanto que *"tal y como se ha efectuado la división de la causa matriz y ha sido acotado el objeto del procedimiento abreviado en las diligencias 6645/15 (las correspondientes al mencionado procedimiento específico), por lo que al supuesto de autos se refiere, sí que advertimos una duplicidad de objeto respecto a D. Miguel Ángel Serrano en lo que hace a su intervención con ACYCO, y ello lleva, **no propiamente el sobreseimiento de actuaciones como se menciona (lo que no es posible por no encajar en ninguno de los supuestos de los artículos 637 o 641 de la LECR) sino en apartarlo de la causa...**"* (el subrallado en negrita es nuestro).

10º.- Las invocaciones efectuadas por las defensas a la existencia de la cosa juzgada material o formal o vulneración del principio bis in ídem entre la presente causa y la del denominado procedimiento específico, deben ser rechazadas.

Sobre la cosa juzgada nos dice la STS30/11/2016:

".- La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de abordar en anteriores precedentes el entendimiento constitucional de la cosa juzgada. En la STS 980/2013, 14 de noviembre -citada por la defensa

en su dictamen de impugnación- razonábamos en los siguientes términos: "... lo relevante a efectos de cosa juzgada, es la identidad de los hechos, objetiva y subjetiva (SSTS de 21 de marzo de 2002, o 23 de diciembre de 1992): imputación de los mismos hechos a la misma persona, entendiendo los hechos con un sentido no puramente naturalista, sino matizado por la óptica jurídico-penal. Eso es lo que está vedado por la eficacia de la cosa juzgada. [...] El tema implicado de fondo, es la definición del objeto del proceso penal: perfilar lo que es el "hecho" enjuiciado es decisivo a la hora de dilucidar si a estos efectos estamos o no ante "los mismos hechos". [...] La sentencia destina el primer fundamento de derecho a rechazar este alegato y lo hace con detenimiento y con referencias jurisprudenciales acertadas. Se rechaza la excepción de cosa juzgada negándose la identidad de los hechos. La sentencia arguye, de una parte, que eran autos de sobreseimiento provisional. De otra, que los sujetos pasivos son diferentes. Por fin, que al no existir condena no se vulnera el non bis in idem.

Este triple argumento, en todo caso, no zanja la cuestión. Lo que plantean los recurrentes va más lejos: los mismos hechos habrían sido ya objeto de enjuiciamiento y, por tanto, habría cosa juzgada material con su efecto negativo: impedir un nuevo enjuiciamiento. La Audiencia se remite a la doctrina de esta Sala sobre el enjuiciamiento fragmentado del delito continuado. Ahí reside la clave para considerar acertada la solución ofrecida por la sentencia de instancia. Los hechos ventilados en aquellos procedimientos no son los mismos pues se refieren a operaciones diferentes, diferenciables e individualizables. [...] La variedad de sujetos pasivos no es dato determinante. Penalmente el enjuiciamiento v.gr. de un atentado mediante un explosivo es un único "hecho" a estos efectos. No podría procederse a un nuevo enjuiciamiento porque apareciese un

lesionado que no fue contemplado en el primer juicio. Cuando se habla de identidad subjetiva se está pensando en el sujeto activo, no en el sujeto pasivo. La diversidad de sujetos pasivos solo sirve como indicio de que quizás no exista identidad de hecho.

La falta de identidad de los hechos -que excluye la cosa juzgada y por tanto convierte en irrelevante si los sobreseimientos previos eran libres o provisionales- radica en que en las resoluciones que se esgrimen sólo se contemplaban algunos contratos y operaciones individuales y no la totalidad de la actuación de los ahora recurrentes. Se dilucidaba el carácter delictivo o no de unas operaciones individuales y perfectamente identificadas en relación a esa promoción de viviendas; pero no a toda la promoción; el destino dado a algunas cantidades, no a todas las recibidas. El objeto procesal de aquellas causas era exclusivamente la relevancia penal de unos hechos muy concretos ceñidos a las relaciones singulares con unos compradores, o diferentes en cada uno de los procedimientos.

El problema que se plantea no es tanto de analizar la identidad de los hechos (no la hay), como de valorar en qué medida la cosa juzgada jugará frente a la institución del delito continuado que, por definición, implica pluralidad de hechos (por tanto no habrá identidad fáctica si alguno de ellos escapa a la consideración del Tribunal), pero unidad de delito. Adentrarse en ese tema, auténtico núcleo de la cuestión suscitada, hace conveniente entretenerse antes en consideraciones tanto ejemplificativas como teóricas y dogmáticas.

Quien ha sustraído dos frutas simultáneamente y ha sido condenado en una sentencia en cuyos hechos solo se contempla una de las dos (por

los motivos que sean: no se descubrió a tiempo, un olvido de la acusación...), no podrá volver a ser condenado por la sustracción de ninguna de ellas. Tampoco podrá ser enjuiciado por el apoderamiento de la fruta a la que no alcanzaba la condena. Existe cosa juzgada porque a efectos penales estamos ante un "mismo hecho", aunque desde el punto de vista naturalístico pueda distinguirse entre el apoderamiento de una de las frutas y la toma, sin solución de continuidad, de la otra mediante una acción (en sentido naturalístico) diferente. El hecho en su sentido más naturalista ha de ser reformateado por su significación jurídica a los efectos de establecer el perímetro en el que irradiará su eficacia excluyente la cosa juzgada. En el bien entendido de que estamos ante la fuerza de cosa juzgada de la sentencia condenatoria penal, que no se extiende a las consecuencias civiles no analizadas. El propietario de esas dos frutas tras la sentencia penal podrá entablar una acción civil reclamando el importe de aquella que quedó excluida del enjuiciamiento. Esa acción civil no ha sido objeto de decisión y por tanto, permanece imprejuizada sin que pueda hablarse respecto de ella de cosa juzgada civil. La sentencia penal condenatoria tendrá un cierto efecto prejudicial positivo en ese proceso civil pero solo relativo tal y como ha aclarado una jurisprudencia reiterada".

Sintetizando la doctrina jurisprudencial de esta Sala, la STS 846/2012, 5 de noviembre, recuerda que " ... 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, 20junio y 17 noviembre 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998)" .

Por su parte la STS 663/2005, de 23 mayo añade:

"Se consideran resoluciones que producen cosa juzgada las sentencias y los autos de sobreseimiento libre firmes (STS. 3.2.98).

Resulta esencial por tanto, dice la STS. 488/2000 de 20.3, examinar qué resoluciones judiciales de las que ponen fin al proceso producen la mencionada eficacia preclusiva de la cosa juzgada material, es decir, impiden la existencia de otro proceso sobre el mismo hecho o a la reapertura del ya antes concluido.

Desde luego la sentencia firme produce esa eficacia de cosa juzgada material.

En principio solo esta clase de resoluciones, por lo que suponen de enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ha soportado una acusación y un juicio, encierra la mencionada consecuencia preclusiva. Excepcionalmente se asimilan a las sentencias firmes los autos también firmes, de sobreseimiento libre, en contraposición a los de sobreseimiento provisional que no alcanzan tal eficacia por su propia naturaleza."

En lo que se refiere al principio non bis in idem, el mismo veda la imposición de una dualidad de sanciones *"en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento". La garantía de no ser*

sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento. Como se ha dicho por el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE "consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento". (STC, Constitucional sección 1 del 07 de noviembre de 2013, con cita de otras muchas).

11º.- Los hechos por los que se sigue la presente causa, concretados en el auto de transformación en procedimiento abreviado (anteriormente transcrito en lo que aquí importa) y luego en los escritos de calificación de las acusaciones, no han sido objeto de enjuiciamiento con anterioridad ni, en concreto, en el denominado procedimiento específico.

Así lo expresa de manera clara y contundente el auto resolviendo las cuestiones previas, luego incorporado a la sentencia dictada por la Sección 1ª en el denominado procedimiento específico, como se expone seguidamente.

Por auto de fecha 9 de febrero de 2018, dictado por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el Rollo de Sala número 1965/2010, se resolvía las cuestiones previas planteadas al inicio de aquel juicio.

En ellas el Ministerio Fiscal interesó como cuestión previa la delimitación del objeto de enjuiciamiento, en petición a la que se adhirió la acusación popular ejercitada por Manos Limpias: *"esta Fiscalía expone a la Sala la necesidad de contar con un previo y expreso*

pronunciamiento que confirme la delimitación objetiva de la causa realizada en el auto de incoación de procedimiento abreviado y tras la presentación de los escritos de acusación, en el auto de apertura de Juicio Oral, y ello tras el dictado en el seno de algunas de las piezas separadas incoadas del tramo principal por la Sección 7ª de esta audiencia Provincial de autos resolviendo recursos de apelación, en donde interpreta que en esta causa, el auto de proa y respecto de determinados encausados, engloba el enjuiciamiento también de ayudas singulares. Esta interpretación supone de hecho una ampliación del objeto del proceso que produce una cierta y evidente indefensión” (sic).

Tras las pertinentes alegaciones el ministerio público solicitaba:

<<<1.- Devolver las actuaciones al Órgano Instructor para que, dejando sin efecto el auto de proa, dicte nueva resolución acomodando la delimitación objetiva y subjetiva de la causa a los posteriores pronunciamientos dictados por la Sección Séptima y al estado actual de instrucción de cada una de las ayudas individuales sociolaborales y a empresas, lo cual evitaría que se generara la indefensión que se ha descrito en los apartados anteriores

2.- O, como mantiene esta Fiscalía, para evitar la indefensión expuesta, por el principio de conservación de los actos procesales e intangibilidad de las resoluciones judiciales dictadas en esta causa – que no se debe de ver afectada por otras resoluciones dictadas en otras previas con distintas partes- , y evitar toda nulidad, aclarar de manera expresa y taxativa que con respecto a todos los encausados y tal y como ya quedó delimitado de forma objetiva y subjetiva en las resoluciones firmes relativas a la formación y división de piezas, el presente

enjuiciamiento sólo se refiere al diseño del denominado procedimiento general o específico sin ser sometido al plenario y por consiguiente al pronunciamiento de la Sala cada ayuda sociolaboral o ayuda a empresa de forma individualizada, debiendo ser en el seno de cada una de las previas incoadas, o que se incoen, donde debe de ser sometido al plenario y resuelto en Sentencia.

Esta segunda opción entendemos que es conforme a las resoluciones dictadas por la Sección Séptima en cuanto la misma en ningún caso ha acordado en sus Autos el sobreseimiento a favor de los investigados, encausados en la presente, sino su apartamiento y ello para evitar que pudiesen ser enjuiciados en cada pieza por una ayuda que pudiera entenderse comprendida en la presente causa, como de forma palmaria se desprende de las resoluciones de la Sala relativas al sobreseimiento acordado con respecto a los Sres. Rivera, Mañas, Valverde y Gonzalo Suárez en esta causa, así como de la resolución adoptada resolviendo la apelación interpuesta por el Sr. Rivera en los proas de las piezas separadas de las ayudas a la empresa Acyco y de ayuda a la empresa Surcolor y, también, en el auto dictado por la Sección 7ª estimando nuestro recurso de apelación respecto del sobreseimiento del investigado Gonzalo Suárez en la pieza separada de Juegos del Mediterráneo (dp. 1376/16)..."

Esta cuestión fue resuelta por la Sección 1ª, efectuando una primera aproximación, al expresar *"Así pues, la división de las diligencias previas 174/2011 en piezas separadas, y los hechos a enjuiciar en cada una de ellas quedó delimitado en los citados autos firmes. Y por lo que aquí interesa, se acordó incoar una pieza por cada ayuda sociolaboral o directa a empresas."* (fundamento jurídico CUARTO del Auto).

Luego, en el quinto fundamento jurídico, se pronunciaba de manera más tajante:

*"QUINTO.- En definitiva, el auto de apertura del juicio oral trae su causa de los escritos de acusación, no pudiendo abrirse el juicio por delito por el que no se haya formulado acusación. Los escritos de acusación traen causa del auto de transformación en procedimiento abreviado, no pudiendo formularse acusación por hechos que no estén contenidos en dicho auto. Y en el presente caso, además, el auto de transformación en procedimiento abreviado trae causa de los autos acordando la división de las Diligencias Previas en piezas separadas, donde quedaron delimitados los hechos que dieron origen a la formación de la presente pieza separada. **Por lo que resulta claro que en esta pieza separada no pueden ser enjuiciados hechos por los que se siguen otras piezas separadas.** Pues ello iría en contra de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de la seguridad jurídica.*

...Por consiguiente, las ayudas individuales no son objeto de enjuiciamiento en la presente causa, y no porque así lo interprete este Tribunal, sino porque así se desprende de las resoluciones firmes que obran en la causa." (el resalte en negrita es nuestro).

Si alguna duda pudiera albergarse, en el número 2 de la parte dispositiva de la resolución resuelve: *"Damos aquí por reproducidas las consideraciones contenidas en el razonamiento jurídico II, en lo relativo a que **las ayudas individuales no son objeto de enjuiciamiento en la presente causa.**"* (lo resaltado en negrita es nuestro).

Lo que después se reitera en la sentencia:

"Debemos partir de la base, al abordar la cuestión previa planteada, que las demás piezas incoadas a partir de las Diligencias 174/11 no son objeto de enjuiciamiento en esta causa.

Dicho lo anterior, consideramos necesario hacer constar con respecto a la formación de estas piezas, como indica la STS 4816/2015, de 25/11/2015 que «la causa que, como única en su comienzo, está en el origen de las piezas sobre las que ahora se decide y otras, tiene indudable complejidad. Y esto es lo que explica que se hubiera acudido al expediente del art. 762, 5ª Lecrim para la formación de aquellas, con el fin de facilitar su tratamiento procesal.

Esta opción es puramente instrumental y se encuentra legalmente condicionada a que pueda resultar efectivamente funcional a ese objetivo. Es a lo que se debe que la propia ley sea particularmente flexible en su regulación al respecto, y que en el precepto citado hable, de un lado, de "piezas separadas" que puedan ser objeto, no solo de instrucción, sino también de un enjuiciamiento diferenciado, y no dice que necesariamente por el mismo tribunal; refiriéndose al propio tiempo a tal distribución como una forma de activar "el procedimiento".

Este carácter flexible de la previsión normativa impide que pueda absolutizarse en cualquiera de sus vertientes; y todo lo que exige es que las decisiones que se adopten en este marco se orienten realmente a agilizar la dinámica del proceso sin forzar ni alterar los elementos

constitutivos de su objeto ni la disciplina constitucional y legal en tema de garantías...

....Pues bien, el auto de incoación de procedimiento abreviado y escrito de acusación describen hechos concretos que pueden ser encuadrables en la figura del delito continuado de Malversación de Caudales Públicos de los artículos 432,1º y 2º y artículo 74 del Código Penal, en su redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos; lo que no excluye el enjuiciamiento individual y diferenciado de aquellos otros hechos objeto de otras piezas que forman parte de la pieza matriz, en las que no concurra inicialmente la triple identidad referida anteriormente, y ello sin perjuicio de las correcciones penológicas que conduzcan a la regla de la proporcionalidad en la imposición de la pena legalmente prevista y evitar la demasía en que puede desembocar la doble pena impuesta en ambos enjuiciamientos, en su caso.

Esta cuestión ya fue abordada en el auto de 30 de julio de 2015, en el que se acordó la división de la causa en piezas, en el que se cita la STS 2563/2015, de 3 de julio de 2015, que afirma: "El enjuiciamiento separado cuenta con paliativos y correctivos en fase de ejecución: art. 988 LECrim, así como las limitaciones penológicas que este Tribunal ha previsto cuando distintas figuras susceptibles de ser incardinadas en un único delito continuado se han juzgado separadamente."...

...Por consiguiente, debemos de partir de dos consideraciones previas para resolver la petición deducida por la defensa:

En primer lugar, para excluir hechos que hubieran sido investigados e imputados a sujetos concretos y que se contienen en el auto de

transformación de procedimiento abreviado, sería necesario un sobreseimiento expreso que habría podido ser objeto de recurso por las partes acusadoras, como afirma la STS 1101/2015, de 18 de marzo de 2015....

..En segundo lugar, como indica reiterada jurisprudencia, de la que se hace eco la STS nº 386/2014, de 22 de mayo, el auto de procedimiento abreviado, tiene "la finalidad de fijar la legitimación pasiva así como el objeto del proceso penal ", añadiendo que "el contenido delimitador que tiene el auto de transformación para las acusaciones, se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor", y que con "la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpados, la acusación, tanto la pública como las particulares son libres de efectuar la traducción jurídico- penal que estiman más adecuada ".» (Folios 178, 179,183 y siguientes de la sentencia, lo destacado en negrita es nuestro).

12.- Los hechos objeto de la presente causa y los que fueron objeto de denominado procedimiento específico, no son los mismos, son diferentes.

Esta postura resulta avalada, en primer lugar, por las distintas resoluciones respecto a la división del procedimiento matriz en piezas independientes, tal y como ya avanzamos anteriormente en el fundamento sexto de esta misma resolución, al tratar la cuestión planteada por la defensa de algunos de los acusados interesando la suspensión del juicio.

Como ya hemos dicho, los hechos que fueron objeto de enjuiciamiento en la Sección 1ª no condicionan el desarrollo de la presente causa, tratándose de hechos diferentes pues, por ejemplo, no se discute en esta causa la naturaleza de las transferencias de financiación o su uso, el ámbito o naturaleza del control financiero de la Agencia Idea, si este sistema supuso la eliminación dolosa de los mecanismos de fiscalización previa y control posterior legalmente establecidos con anterioridad, el significado de las modificaciones presupuestarias que lo posibilitaron o la existencia de desfases presupuestarios etc.

Procede que nos remitamos a lo allí expuesto para evitar reiteraciones innecesarias, resultando pertinente incidir en que, tal y como fueron configuradas las distintas piezas, se estableció una división conforme a la cual las Diligencias Previas nº 174/11 constituían la pieza matriz, donde se continuaría la instrucción de las siguientes para su desgaje futuro, acordando ya en ese momento la incoación de seis piezas completamente independientes entre sí, de manera que permitían su instrucción y enjuiciamiento separado.

Esta inicial división en piezas devino firme tras ser objeto de recurso ante la Sección 7ª, salvo en el particular relativo a que fue excluido que debía aguardarse a las distintas sentencias que se dictarán por la Audiencia Provincial para proceder al desgaje de futuras piezas, como ya explicamos.

Y así la primera pieza tenía por objeto los hechos relativos al 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".

El auto de incoación de las diligencias previas nº 6645/2015 de 17 de noviembre de 2015 detallaba los hechos por los que se seguían las mismas, añadiendo a lo anteriormente expuesto y desde la perspectiva de los hechos penalmente relevantes, el significado del Convenio Marco de 2001 entre la Consejería de Empleo y el IFA, la incorporación de las transferencias de financiación a la Ley de Presupuestos de la Junta de Andalucía, las modificaciones presupuestarias que implicó, la aprobación de los presupuestos por el Parlamento de Andalucía y la actuación del Consejo Rector de IFA/IDEA, entre otros.

En el procedimiento específico el delito continuado de prevaricación venía referido a la concesión de las subvenciones por parte de la Consejería de Empleo, los convenios suscritos entre la Dirección General de Trabajo y el IFA/IDEA para el pago de las subvenciones, así como la aprobación de las modificaciones presupuestarias y de los proyectos de presupuestos, y el delito de malversación por la disposición de los fondos vinculados al programa 31L con fines ajenos al fin público al que estaban destinados. La continuidad delictiva venía referida en la sentencia,

fundamento jurídico cuadragesimonoveno, *"al haberse ejecutado la conducta típica en más de un ejercicio presupuestario"* .

La presente causa versa exclusivamente sobre los hechos relativos a la concesión de la ayuda sociolaboral del ERE 29/03, ACYCO, dirigiéndose 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."*, tratándose de hechos diferentes y no comprendidos en el procedimiento específico.

Esta conclusión, además de por lo ya expuesto, resulta avalada por la circunstancia de que no existe una coincidencia temporal de los hechos a que se refiere al procedimiento específico, en el que la operativa contable, financiera y presupuestaria se refiere iniciada en el año 2000 y prolongada hasta el año 2009, y a los que se refiere la presente causa, iniciados en torno al año 2003 y se prolongaron transcurrido el año 2010.

Tampoco existe coincidencia entre la identidad de los encausados en una y otra causa, ni a lo reclamado en concepto de responsabilidad civil.

Recuérdese a este respecto, por poner un ejemplo, que respecto del señor Rivera se decretó el sobreseimiento en el procedimiento específico por lo que no fue sometido a juicio en él, decisión que no ha recaído en la presente causa. En aquel procedimiento la Junta Andalucía hizo expresa reserva de acciones civiles, lo que condujo a que no existiera pronunciamiento sobre este extremo.

Falta de coincidencia, que se produce asimismo en lo que se refiere a las calificaciones jurídicas efectuadas por las acusaciones respecto de los hechos a que se contraen cada una de estas causas. Y así en este procedimiento se califican los hechos, además de como constitutivos de los delitos ya indicados (malversación y prevaricación), cómo sendos delitos de falsedad en documento oficial, asociación ilícita y tráfico de influencias.

13º.- En esta tesitura, en la que no coinciden los hechos de una y otra causa, sin que los que son objeto de este procedimiento hayan sido ya enjuiciados y sin que tampoco pueda apreciarse la existencia de la cosa juzgada, material o formal, ni vulnerado el principio non bis in ídem, resultando que las resoluciones dictadas por el instructor, luego confirmadas por la Sección 7ª de la Audiencia respecto de la división de piezas, han devenido firmes, es palmario que la causa de exclusión acordada por la sección séptima y ahora invocada por las defensas de los acusados ha desaparecido.

Los hechos no han sido enjuiciados y permanecen los indicios de culpabilidad apreciados a los acusados en las distintas resoluciones dictadas contra ellos en este procedimiento, por lo que deben ser sometidos a enjuiciamiento.

Dicho de otro modo, en la actualidad la exclusión acordada por la Sección 7ª respecto de los acusados Fernández García y Serrano, ha quedado sin cimiento alguno.

Se ha desvanecido la causa por la que se acordó la atípica figura del apartamiento o exclusión en los autos de la Sección 7ª, que no

sobreseimiento libre ni provisional, sin que exista en la actualidad ningún motivo para que no se continúe la causa contra ambos acusados, pues notoriamente respecto de ellos no se ha decretado el sobreseimiento, libre o provisional, ni otra causa de exclusión de la responsabilidad penal legalmente prevista. Figuras estas respecto de las cuales no encontramos ninguna alusión en nuestro ordenamiento, ni en él se establecen cuáles sean sus requisitos, su ámbito de aplicación y, sobre todo, sus efectos o consecuencias.

Es más, tal y como indica la defensa del acusado Fernández García, la Sección 7ª al desestimar el recurso de nulidad interpuesto por la Junta Andalucía contra estas figuras de apartamiento, excluye expresamente las posibilidades de decretar el sobreseimiento provisional o libre, por considerar que no concurren sus presupuestos legales.

14º.- Como, por todas, nos dice la STS 13/07/2006 la ausencia de sobreseimiento libre respecto a un determinado delito imposibilita la operatividad del principio de cosa juzgada respecto al mismo y su exclusión del auto de apertura de juicio oral por el Juez de Instrucción, dicha ausencia no impide que pueda condenarse al acusado por el mismo si fue objeto de acusación por una de las partes personadas, lo que posibilita su entrada legítima en el ámbito de enjuiciamiento con respeto de las garantías constitucionales, pronunciándose en los siguientes términos:

"...Pero, en rigor, esto no es cierto, porque nunca se resolvió definitivamente en el sentido del art. 637, 1º y 2º Lecrim , que exige imperativamente que "no existan indicios racionales de haberse

perpetrado en hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa" o que "el hecho no sea constitutivo de delito".

Así las cosas, y si no hubo sobreseimiento libre, la posibilidad de operar con la hipótesis del delito de estafa no quedó legalmente excluida por el auto del tribunal provincial y, por ello, fue legítimamente postulada en el escrito de la acusación particular. En consecuencia, se trata de ver el alcance que puede tener al respecto lo que dispone el auto de apertura del juicio oral, limitado, como se ha dicho, al delito de apropiación indebida.

Pues bien, según claramente estableció el Tribunal Constitucional en su conocida sentencia 186/1990, el Juez de Instrucción en ese trámite desempeña una garantía jurisdiccional. Que es por lo que su auto no tiene valor inculpatario y se limita a dar traslado de una acusación plausible de parte (STC 54/1991). Y a ello se debe que, conforme ha declarado esta sala, esa resolución no determine los delitos concretos objeto de enjuiciamiento, algo que corresponde a los escritos de acusación (STC 488/2000, de 20 de marzo).

En definitiva y por lo expuesto, sólo cabe concluir que la objeción de cosa juzgada en que se funda este primer motivo de impugnación es insostenible. Que la imputación de estafa entró legítimamente en el ámbito del enjuiciamiento y pudo ser discutida por la defensa sin restricción alguna, y sin que, por tanto, padeciera su derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías y tampoco el principio de legalidad."

Solo el sobreseimiento libre, contra el que cabe recurso de casación, si alcanza firmeza produce efectos de cosa juzgada material, lo que no ocurre con otras decisiones como sería el archivo o el sobreseimiento provisional, que no caben ser considerados como un auto definitivo, ni gozan la eficacia preclusiva propia de los sobreseimientos libres, permitiendo la reapertura del proceso. (Entre otras muchas STS 665/2003, de 22 de mayo).

Por consiguiente, para excluir hechos que hubieran sido investigados, imputados y por los que se ha formulado acusación, sería preciso un sobreseimiento expreso que hubiera podido ser objeto de recurso por las partes acusadoras (STS de 18 de marzo de 2015).

Tal presupuesto no se produce en el presente caso, por lo que no resulta posible acceder a la petición deducida de excluir a los imputados del ámbito subjetivo de esta causa cuando, como hemos dicho, ha quedado eliminada la causa que determinó la exclusión.

15º.- Las solicitudes de exclusión y la situación creada por estos apartamientos podría dar lugar a dudas sobre el desenlace procesal que deba realizarse respecto de los acusados afectados, en especial de los señores Fernández García y Serrano ya que respecto de los demás no ha existido un pronunciamiento de exclusión, extremo sobre el que se han aportado diversas alternativas y posibilidades, cada una de ellas a su vez con distintas modalidades.

La primera de ellas consistiría en acordar la suspensión del juicio y devolver la causa al juzgado instructor para que complete el auto de procedimiento abreviado incluyendo a los dos acusados excluidos,

Antonio Fernández García y Miguel Ángel Serrano Aguilar, y para que tramitara, nuevamente, la fase intermedia.

Esta opción determinaría la suspensión del juicio hasta tanto la situación procesal se regularizase por el instructor, con las consecuencias que ello acarrearía, en especial la demora en la resolución de los asuntos.

Otra opción consistiría en acordar el enjuiciamiento separado para cada uno de estos acusados.

Los inconvenientes de esta vía son obvias pues obligaría a la celebración de varias "macro causas", con el consiguiente desgaste procesal que ello implicaría, al tiempo que no solventaría el gravísimo inconveniente de que los testigos y peritos que hubieran declarado en los anteriores serían conocedores de su desenvolvimiento y sus pormenores. Esta opción además podría suponer la ruptura de la continencia de la causa.

Finalmente la opción que considera más conveniente este Tribunal es la de seguir el juicio contra todos los acusados, sin que esta modalidad pudiera verse obstaculizada por la existencia de la cosa juzgada o la vulneración del principio el bis in ídem, como ya se ha expuesto anteriormente.

Además, sería la más recomendable desde el punto de vista del principio de economía procesal, la adecuada para evitar dilaciones innecesarias y concorde con la aplicación del principio de conservación de los actos procesales, resultando válidos el auto de transformación en procedimiento abreviado en su día dictado -que fue dejado sin efecto

respecto de los acusados Antonio Fernández García y Miguel Ángel Serrano Aguilar, por una exclusión basada en una causa que se ha declarado inexistente y no por un sobreseimiento libre de las actuaciones respecto de ellos- , los escritos de acusación, el auto de apertura de juicio oral, los traslados efectuados por la vía del artículo 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la notificaciones requerimientos y emplazamientos subsiguientes. En suma, lo que supondría mantener la fase intermedia sin necesidad de una repetición innecesaria.

Esta solución encuentra su apoyo legal en el tenor del artículo 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Esta alternativa no causa indefensión a las acusaciones permitiendo el debate de sus posiciones. Tampoco a las defensas, pues los acusados son perfectos conocedores del contenido del auto de división de piezas, del auto motivado que acordó la incoación de las presentes diligencias, del auto de proa etc. Sin que pueda pasarse por alto que los hechos, tal y como se recogieron en el auto de proa, no han sido modificados en virtud de los recursos de apelación interpuestos y resueltos por la Sección 7ª de la Audiencia. Además, los acusados que estuvieron encausados en el denominado procedimiento específico, eran perfectos conocedores de que los hechos objetos del presente enjuiciamiento no lo eran de aquél, debiendo ser enjuiciados de manera separada.

Otros motivos que aconsejan el enjuiciamiento global y de todos los acusados, es porque el mismo resulta más acorde con las exigencias de la justicia material.

Así si, como se afirma, la razón de la exclusión encuentra su apoyo en aras de evitar la multitud de procedimientos contra los mismos acusados y sus eventuales consecuencias penológicas, tal forma de proceder haría de peor condición la de aquellos que, por no haber estado sometidos al procedimiento específico (por no haber tenido responsabilidad alguna en el mismo) sí habrán de verse en esta tesitura (sometimiento a juicios distintos y posible recaída de las múltiples penas). Sin que se alcance a comprender que si, como se afirma, el procedimiento específico abarcaba "todo" (es decir tanto el objeto del denominado procedimiento específico como cada una de las ayudas socio-laborales) porqué en este procedimiento específico no estaban todos los acusados de esta causa, piénsese por ej., en el acusado Rivera, no coincidiendo los acusados de ambos procedimientos y no estando comprendidas en aquél algunos de los acusados en éste, como ya se expuso en otro apartado de esta misma resolución.

En otro caso se llegaría al efecto perverso de que juzgáramos solamente a los "extraños" en delitos de prevaricación y malversación y no a las autoridades y a los responsables de la toma de decisiones a enjuiciar. O, los efectos igualmente perversos, de enjuiciar de forma separada a los "*extraneus*" y después a los responsables de tales decisiones, o que hechos que afectaran a diversos investigados, objeto del auto de proa y de acusación, quedaran sin enjuiciar e impunes.

Ello además permitiría salvar situaciones procesales anómalas, desconocidas e inauditas, pues en el supuesto de efectuar enjuiciamientos diferenciados para unos y otros acusados, no hayamos respuesta a en qué calidad debían comparecer esos otros acusados aún

pendientes de juicio, resultando sus declaraciones necesarias y habiendo sido las mismas admitidas como prueba.

16º.- En virtud de cuanto se ha expuesto, la solicitud de exclusión de enjuiciamiento del presente procedimiento interesada por las defensas de Francisco Javier Guerrero Benítez, Agustín Barberà Salvador, Antonio Fernández García, Juan Márquez Contreras, Daniel Alberto Rivera Gómez y Miguel Ángel Serrano Aguilar, deben ser rechazadas.

El rechazo de la exclusión interesada por los acusados como principales respecto del delito de malversación hace innecesario el examen de la eventual exclusión alegada por los denominados "extraneus", sin que corresponda a sus defensas decidir contra quien se dirige la acción penal, lo que es cometido exclusivo de las acusaciones.

17º.- Prescripción del delito de malversación respecto a Miguel Ángel Serrano Aguilar, a la sazón director general de IFA-IDEA entre junio de 2004 y mayo 2008.

Alega su defensa que el hecho que se le imputa respecto del delito de malversación por el que viene acusado, ha prescrito. Afirma que los hechos imputados acontecen el 8 de julio de 2004, fecha de suscripción de la ADENDA por importe de 243.000€, siendo llamado a este procedimiento el 26 de abril de 2016. Por tanto, habría transcurrido más de 12 años, resultando que tanto el delito de prevaricación como el de malversación tienen un plazo de prescripción de 10 años.

La cuestión ahora suscitada ya fue objeto de pronunciamiento tanto por parte del magistrado instructor cómo por la Sección 7ª de la

Audiencia Provincial de Sevilla, la cual al resolver el recurso de apelación contra las resoluciones del instructor, que acordaban la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado, en el auto de fecha 10 de noviembre de 2017 y en relación con la denunciada prescripción, razonaba: *"Si da por hecho que la firma de la Adenda al convenio de ACYCO forma parte de la acusación ya formulada contra el mismo en ese otro procedimiento, ello implica que admite (al menos a efectos puramente dialécticos) que los hechos fueron imputados en su día cuando la Sra. Magistrada le tomó declaración en las primigenias diligencias previas 174/11, extremo que, efectivamente ocurrió según menciona el Ministerio Fiscal al contestar el recurso, en **la declaración como imputado que se realizó de 19/05/2014 (folio 73.721 de las diligencias Previas 174/11 que no se ha encontrado sin embargo incorporada a esta pieza del examen del DVD remitido con el procedimiento escaneado y con las dificultades que el examen en tal formato supone).**"*

La propia circunstancia de que se le acuse por la comisión de un delito continuado de prevaricación continuado, en relación de concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos también continuada, pone de manifiesto que los hechos objeto de acusación no se ciñen exclusivamente a la firma de la Adenda, extendiéndose también a la concesión a la empresa Acyco de la denominada ayuda socio-laboral por un importe que, según las acusaciones, supera los 2.900.000 €, con la intervención de la Agencia Idea durante la época en que el acusado Serrano fue director general de la misma.

Con independencia de ello, aunque admitamos a los puros efectos dialécticos, que los hechos acaecieron en el año 2004, la cuestión debe ser rechazada.

Basta para ello recordar que el Ministerio Fiscal y el Partido Popular, sin que la Junta Andalucía efectúe petición respecto de él, lo acusan como autor de un delito de prevaricación continuado de los artículos 404 y 74, en relación de concurso medial con un delito de malversación continuada de caudales públicos de los artículos 432, 1º y 2º, todos ellos del Código Penal en la redacción vigente al tiempo de cometerse los hechos, interesando se le imponga la pena, ex artículo 77, de 8 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 20 años.

El artículo 404 castiga a los reos del delito de prevaricación con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 7 a 10 años, y el artículo 432.2º, ambos del Código Penal en la redacción vigente en la fecha de los hechos, prevé penas de 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años para los reos del delito de malversación de caudales públicos si la misma revistiere especial gravedad, atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público.

La defensa del acusado considera que no puede serle aplicado el tipo contenido en el artículo 432.2 del Código Penal, malversación de caudales públicos de especial gravedad, pero no es éste el momento de entrar al fondo de las concurrencias del tipo delictivo con anterioridad a la celebración del juicio, y no corresponde a la defensa la calificación típica de los hechos, sino a las acusaciones.

El artículo 131 del Código Penal dispone que los delitos prescriben a los 15 años, cuando la pena máxima señalada por la ley sea de inhabilitación por más de 10 años, y el artículo 132 del mismo cuerpo legal, ambos en la redacción vigente en la fecha de los hechos, disponía que los términos previstos en el artículos precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente desde el día en que se realizó la última infracción y se eliminó la situación ilícita.

El plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave, como ya se pronunció el Acuerdo Plenario de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de fecha 26 de octubre de 2010 al expresar que, *"en los delitos conexos o en el concurso de infracciones, se tomará en consideración el delito más grave cometido declarado por el tribunal sentenciador para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado"*

No procede, por tanto, en este momento procesal declarar la prescripción de los hechos de los que provisoriamente se responsabiliza al acusado Miguel Ángel Serrano. Ello sin perjuicio que una distinta concreción de los mismos a lo largo del procedimiento y, especialmente, en el momento de la formulación de las conclusiones definitivas, pueda llevar a una diferente conclusión.

Procede por tanto rechazar en este momento la cuestión previa planteada por la defensa de Miguel Ángel Serrano Aguilar.

18º.- Cuestiones planteadas por la responsable civil subsidiaria DCCOP (absorbente de ACYCO).

a) Excepción de pago.

Se alega en este punto que al haber abonado a la Junta de Andalucía la suma de 82.215 €, destinada al pago a Garrigues, esa parte debería quedar excluida de la reclamación ejercitada por las acusaciones ejercitadas por el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía, toda vez que el Partido Popular no ha solicitado responsabilidad civil a ACYCO.

En sus conclusiones provisionales, la acusación particular ejercitada por la Junta de Andalucía solicita que la entidad ACYCO indemnice como responsable civil subsidiario la cantidad de 612.885,28 €. Del escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, igualmente, se desprende que solicita que la entidad responda civilmente de una cantidad superior a los 82.215 €.

Por ello la excepción opuesta, al amparo de lo previsto en el artículo 1156 del Código Civil, no puede constituir un obstáculo para impedir su llamada a este juicio; sin perjuicio de que en el caso de acreditarse efectivamente el abono de esas cantidades y que pudiera existir duplicidad en los pagos o un enriquecimiento injusto, tal circunstancia sea tomada en consideración en el momento procesal oportuno a la hora de dictar sentencia.

b) Falta de competencia de este Tribunal para conocer sobre la responsabilidad civil reclamada en el presente procedimiento solicitando la inhibición a favor de la jurisdicción contable, en virtud de lo dispuesto en la L.O. del Tribunal de Cuentas.

Mantiene a este respecto que los conceptos y cuantías que solicitan las dos mencionadas acusaciones, coinciden con las cantidades y conceptos reclamados en otros pocos procedimientos que se sustancian ante el Tribunal de Cuentas (uno de ellos pendientes de la resolución del recurso de en casación ante el Tribunal Supremo), encontrándose ante unos mismos hechos que se siguen por idéntica responsabilidad civil, mencionando hasta dos procedimientos relativos al reintegro por alcance.

La respuesta a la cuestión aquí planteada nos la da la STS 2563/2015 de fecha 3 de junio de 2015 la cual, con cita de otras muchas resoluciones del Alto Tribunal, efectúa un estudio detallado de la evolución jurisprudencial sobre la materia, pudiendo extraer de la misma los siguientes párrafos por su interés para la resolución de la cuestión aquí suscitada:

"...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...

...efectivamente, tal como dice el Ministerio Fiscal, el artículo 18 de la LO 2/1982, del Tribunal de Cuentas, al disponer que cuando los hechos

fueran constitutivos de delito "la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia", pudiera entenderse en el sentido de que no es procedente que se realice pronunciamiento alguno en la jurisdicción penal sobre esa cuestión.

Sin embargo, ya el artículo 49.3 de la Ley 7/1988 permite otra interpretación, cuando a la previsión antes señalada, de la que ya conviene resaltar que la jurisdicción contable solo determinará la responsabilidad en el ámbito de su competencia, es decir, en materia contable, añada claramente, con cita del anterior precepto, que el Juez o Tribunal que entendiera de la causa se abstendrá de conocer de la responsabilidad contable nacida de ellos. Es decir, que ambos preceptos, en realidad, se refieren a la responsabilidad contable, exigible a los responsables de rendir cuentas, y no a la responsabilidad civil nacida del delito, que deberá ser precisada en la jurisdicción penal de acuerdo con las normas del Código Penal sobre el particular.

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.

...Tal reciente sentencia por vía de conclusión, sienta estos criterios:

"1º) Cuando el Tribunal Penal estime que una determinada responsabilidad civil ex delicto es separable o diferenciable de la contable, porque no conste aún que el responsable penal tenga la cualidad de responsable contable, porque concurren una pluralidad de responsables del delito, alguno de los cuales no sea necesariamente responsable contable o pueda no concurrir contablemente la misma solidaridad entre los responsables que en el ámbito penal, porque concurren partícipes a título lucrativo, porque puedan existir responsabilidades prescritas en el ámbito contable que no lo estén en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto, porque existan otros perjudicados por el delito distintos de las entidades del Sector público, etc., la responsabilidad civil nacida del delito deberá ser precisada en la resolución penal de acuerdo con las normas del Código Penal sobre el particular.

2º) Cuando no se aprecie una causa que justifique en el caso específico la diferenciación entre la responsabilidad civil "ex delicto" y la responsabilidad contable (lo que corresponde valorar al Tribunal Penal), por concurrir las tres identidades de sujeto responsable, entidad perjudicada y conducta dolosa que constituya la fuente de la responsabilidad, y dado que la determinación de la responsabilidad contable corresponde legalmente al Tribunal de Cuentas, el Tribunal Penal debe respetar la cuantificación de los daños y perjuicios causados en los caudales o efectos públicos que determine dicho Tribunal. Especialmente cuando esta responsabilidad ya haya sido cuantificada por el Tribunal de Cuentas, como sucede en el caso actual, para evitar duplicidades e incongruencias".

Todo lo cual aplicado al presente caso conduce a rechazar la solicitud de inhibición en favor del Tribunal de Cuentas, pues no constan acreditados los requisitos para acordarla. Tal y como reconoce el propio solicitante de inhibición, aún pende al menos un recurso de casación ante el Tribunal Supremo y sin que el conocimiento de los procedimientos existentes ante la jurisdicción contable, invocados por la defensa de la responsable civil subsidiaria, permita concluir que entre aquellos procedimientos y éste existen las identidades de sujeto responsable, entidad perjudicada y conducta dolosa que constituya la fuente de la responsabilidad.

Ello sin perjuicio de que en el momento procesal oportuno sean tomados en consideración los criterios anteriormente expuestos, a fin de evitar la duplicidad de pagos o la posible falta de coherencia entre ambos ámbitos jurisdiccionales, lo que resulta prematuro resolver en este momento.

c) Asistencia telemática a la celebración del juicio, dispensándole de acudir a las sesiones de la vista del juicio.

Solicitudes que interesa el Letrado de la responsable civil subsidiaria, sin que la misma pueda obtener una favorable acogida pues como letrado de la encausada, su asistencia es necesaria para que ejercite el derecho de defensa de la misma y éste no quede, de facto, sin contenido al no tener una presencia física en el juicio, sin que esté prevista o sea posible una forma de celebración que permita su asistencia "telemática" como sería el caso en que se hubiera articulado alguna forma de retransmisión simultánea ("streaming").

Las cuestiones planteadas por la defensa de la responsable civil subsidiaria DCCOP (absorbente de ACYCO) deben ser denegadas.

SEGUNDO.- Los hechos declarados probados en el apartado primero, son legalmente constitutivos de delitos de prevaricación en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos de especial gravedad de los artículos 404, 432,1 y 2 del Código Penal.

El artículo 404 del Código Penal, en la redacción vigente por ser precepto más favorable, redacción en vigor a partir del 24/05/1996 y hasta 2015, castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

El bien jurídico atacado por el delito de prevaricación son aquellas conductas del funcionario público o autoridad que no adecua su actividad a los parámetros de legalidad, objetividad e imparcialidad, en definitiva supone una actividad arbitraria y un abuso de poder que supone la negación de los principios que deben regir la función pública.

Las SSTS de 8 de junio de 2006 y 16 de octubre de 2009 resumen los requisitos del delito de prevaricación administrativa en los siguientes términos: *“Será necesario, en definitiva, en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; en segundo lugar que sea contraria al derecho, es decir, ilegal; en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, ha de ser de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto; y en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario con conocimiento de actuar en contra del derecho”*.

Se trata de un delito especial que no permite autoría propiamente dicha de personas que no reúnan la condición de funcionario público o autoridad en el sujeto activo del hecho. Para integrar los conceptos de autoridad y funcionario público hay que acudir al artículo 24 del Código Penal que establece: *“1.- A los efectos penales, se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso,*

tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio fiscal. 2.- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Pero no basta con la condición *"in genere"* de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional, o como dice la STS 23/03/2001, ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Es la participación en funciones públicas, como establece la STS 10 julio 2000, lo que define la condición de funcionario y se configura como un delito de infracción de un deber, puesto que los mismos deben actuar conforme al ordenamiento jurídico del que son garantes y primeros obligados. Su actuación al margen y en contra de la Ley tiene un plus de gravedad que justifica el tipo penal.

La Jurisprudencia, tras declarar que la naturaleza de la prevaricación como delito especial propio impide la condena a extraños a la relación funcional, ha venido a admitir la sanción del extraño. Así no podrá ser autor directo o coautor, por no reunir los requisitos que el tipo exige para la autoría, pero sí podrá ser inductor, cooperador necesario (STS 1051/2013, de 26 de septiembre) o incluso cómplice, entendiendo como cooperación necesaria la colaboración de quien interviene en el proceso de ejecución del delito con una aportación operativamente indispensable para el correcto devenir del hecho delictivo.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2007 se pronuncia diciendo que "si bien el "extraneus" no puede ser autor de delitos especiales como la prevaricación y la malversación, sí puede realizar, sin menoscabo del principio de legalidad, los tipos de participación -inducción y cooperación necesaria-... *"quien realiza un aporte sin el cual el hecho nos hubiera podido cometer integra un supuesto de cooperación necesaria por cuanto la más reciente jurisprudencia de esta sala, por ejemplo 1179/2004 de 28 de octubre, viene declarando 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 condition sine que 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 con no impedir la comisión del delito retirando su concurso, -teoría del dominio del hecho"*.

Conforme a la sentencia del TS 787/2013, de 23 de octubre, *"el concepto de resolución administrativa no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite (vgr los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva."* La STS de fecha 8 de junio de 2012 y la STS 149/2015 de 11 de marzo concluyen que se entenderá dictada una resolución en asunto administrativo en los supuestos en los

que la resolución afecta a caudales públicos y por ello resulte condicionada por los principios administrativos como los de publicidad y concurrencia”.

En el presente caso podemos hablar incluso de acciones prevaricadoras pues se ha producido la disposición de cuantiosos caudales públicos sin una previa resolución que habilite tal disposición y, desde este punto de vista, puede decirse que la acción o acciones prevaricadoras pueden manifestarse de muy diversas formas, por la ausencia total del procedimiento reglado, por la omisión de los trámites esenciales del mismo, porque se haya dictado o emane de órgano incompetente, porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente, exista grave desprecio a los intereses generales, suponga una desviación de poder o por el propio contenido sustancial de la resolución, sin que resulte necesario que acumulativamente se produzcan estas situaciones, pues basta con la existencia de cualquiera de ellas (STS de 5 de abril de 2002).

La resolución debe ser arbitraria. La STS de 5 de marzo 2003, recuerda *“que no basta con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.”*

Como señala la sentencia del TS de 3 de septiembre de 2014 *“la condición arbitraria de la resolución es un aliud cualitativamente diferente de la mera ilegalidad que puede ser revisada vía recurso*

*contencioso administrativo. La contradicción patente y clamorosa con el derecho puede manifestarse según reiterada jurisprudencia, a) bien porque se haya dictado **sin tener la competencia** legalmente exigida, b) bien porque **no se hayan respetado las normas esenciales del procedimiento**, c) bien porque **el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente** y d) suponga una **grave desviación de poder** --STS 727/2000 --. En definitiva, se está ante una decisión prevaricadora como se dice en la sentencia recurrida (pág. 10) cuando se está ante un ejercicio arbitrario del poder; arbitrariedad que es la misma negación del derecho y que está expresamente prohibida en el art. 9-3 de la Constitución.*

El elemento subjetivo del delito viene designado en el precepto examinado en el término "*a sabiendas*", con lo que viene a exigir para su apreciación dolo directo, que implica conociendo de la concurrencia de los elementos objetivos del injusto, esto es, actuar con conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa, conciencia y voluntad del acto, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado.

El elemento decisivo de la actuación prevaricadora es el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el artículo 9.3 CE, señalándose por la jurisprudencia que ello se produce cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley (STS de 23 septiembre 2002), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS de 17 de mayo 2002) o cuando la resolución adoptada, desde el punto de vista objetivo, no resulta

cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS de 25 de enero 2002).

No se exige como elemento del tipo penal el ánimo de lucro en la persona del sujeto activo, la consumación del delito de prevaricación puede producirse cuando se dicte una resolución injusta que implique un torcimiento del derecho, aun cuando el sujeto activo no persiga un beneficio propio...

Prevaricación, que en el supuesto enjuiciado resulta de los siguientes hechos: 1.- Haber sido otorgadas ayudas socio-laborales sin previa solicitud formal de la empresa beneficiada y sin instrucción de expediente y resolución escrita, instrumentadas mediante la financiación con fondos públicos de pólizas de renta colectiva de prejubilaciones derivadas de la restructuración de la plantilla de Acyco, con introducción de dos personas ajenas a dicha plantilla ("intrusos"); 2.- suscripción de una Adenda al Convenio de febrero de 2004 para abono del supuesto adelanto efectuado por 7 socios de Acyco para el pago de las pólizas de prejubilación, justificando su abono mediante la presentación de una factura falsa que incluía el pago de un IVA no soportado (243.600 €); 3.- ampliación de la cobertura de la póliza para tres personas con suscripción de una nueva póliza (581/2) en el año 2007 que fue abonada también con fondos públicos mediante el sistema de "pagos cruzados"; 4.- las irregularidades añadidas que supusieron la inclusión de Encarnación P. en las ayudas de manera coetánea a su pertenencia al Consejo de administración de Acyco hasta el año 2011 y 5.- la concesión de una nueva ayuda, con una incierta motivación social de mantenimiento de puestos de trabajo, cuando realmente era para abonar la factura de Garrigues por su intervención en la anterior subvención. Todo ello,

prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, haciéndose uso de las denominadas transferencias de financiación como sistema para eludir la aplicación de las leyes de subvención y conceder sin control alguno, ayudas socio-laborales a empresas. No existió ninguna solicitud formal para recibir la ayuda; Acyco no efectuó declaración de ser beneficiario de otras subvenciones o ayudas con el mismo fin, no se acreditó por la DGT la finalidad pública o razones de interés social o económico que avalaran la concesión de la ayuda, no existió presupuesto habilitante de la concesión de ayuda excepcional, se obvió totalmente el marco normativo vigente en la fecha de los hechos (Ley de Subvenciones, Reglamento de Subvenciones de la Junta Andalucía y Órdenes Ministeriales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 1994 y 1995) y, a pesar de la cuantía de la ayuda concedida, superior a 3.005.060,52 euros no existió aprobación previa de Consejo Rector de la Agencia de IFA-IDEA ni del Consejo de Gobierno de la Junta Andalucía.

No consta que en el Convenio Particular celebrado entre la DGT y el IFA de fecha 10 febrero de 2004, se consignara el objeto y el alcance de ese convenio, la cuantía de las ayudas, el plazo máximo de ejecución de cada una de las acciones comprometidas, la composición de la Comisión de Seguimiento, tal y como el Convenio Marco de 17 de julio de 2001 exigía que se consignara en cada uno de los convenios particulares de colaboración celebrados entre la Consejería de Empleo y el IFA para la materialización de ayudas en materia de trabajo y Seguridad Social.

Pese a que en el Protocolo de Colaboración de 26 de julio de 2003 celebrado entre la DGT y Acyco se hacía constar que esta empresa quedaba obligada al cumplimiento del Plan de Inversiones y de Futuro, al

que en buena lógica quedaría supeditada la concesión de las ayudas, tal plan resulta inexistente, por lo que Acyco, realmente, a nada se comprometió en concreto y en definitiva.

Como señala el informe de la Intervención General de la Administración del estado ratificado en el plenario;

-La ayuda a Acyco, que cuantifica en 3.529.389,26 euros, pudiera constituir una subvención a la empresa y no a los trabajadores, ya que la obligación de pago legalmente corresponde a ésta al derivar de compromisos asumidos durante el proceso de extinción de la relación laboral de sus trabajadores. Por ello, la Junta se habría hecho cargo del pago de obligaciones propias de la empresa.

No consta en el expediente examinado la existencia de ningún análisis económico realizado por la Junta de Andalucía que ponga de manifiesto si esta ayuda, en sí misma, es procedente en atención a las circunstancias del beneficiario, especialmente en lo que se refiere a que la empresa no tuviera capacidad económica para hacer frente, en todo o en parte, a las obligaciones asumidas por la Junta.

-En la concesión de todas estas subvenciones se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, lo que, a tenor del artículo 62.1.e) de la LRJPAC, pudiera ser causa de nulidad de pleno derecho.

-La Consejería de Empleo ha concedido estas ayudas con cargo a un concepto presupuestario inadecuado, "Transferencia de Financiación", cuya finalidad legal es solo la cobertura de pérdidas de la entidad pública

IFA-IDEA, por lo que, a tenor del artículo 38 de la LGHPCAA, pudiera ser nula de pleno derecho.

Estas ayudas fueron pagadas (no concedidas) por IFA-IDEA con cargo a los fondos recibidos de la CEM como "transferencia de financiación". Por tanto, el pago de las mismas no originó ningún gasto en esta entidad pública, al tratarse del pago por cuenta de un tercero similar a un suplido, por lo que su cuenta de resultados no se vio afectada en ningún modo por ello. Consecuentemente, la aplicación por IFA-IDEA de los fondos recibidos vía "transferencia de financiación" al pago de dichas ayudas fue indebida, dado que su destino está limitado por ley de manera exclusiva a la cobertura de pérdidas de dicha entidad, estando obligada IFA-IDEA, igualmente por ley, a devolver a la Tesorería de la Junta de Andalucía los fondos no aplicados a esta finalidad.

-La concesión de estas ayudas relativas a prejubilaciones ha sido realizada por el DGT y SS sin competencia legal para ello, en los términos establecidos en el artículo 13 de la LRJPAC.

-No se han publicado por la Junta de Andalucía ni existen bases reguladoras para el otorgamiento de este tipo de subvenciones concedidas por la CEM. Además, no consta la existencia de ninguna norma dictada por la Junta de Andalucía en la que se publiciten las ayudas y se establezcan los criterios de selección de los beneficiarios, así como los baremos, límites y condiciones de las subvenciones a conceder para la financiación del coste de los ERE, por lo que los sistemas utilizados por la CEM para determinar tanto la empresa elegida como los importes a financiar son totalmente discrecionales.

-No consta la aplicación de los criterios de publicidad, concurrencia y objetividad legalmente establecidos para la concesión de subvenciones.

-No se ha acreditado el carácter excepcional de las ayudas concedidas por la CEM. Además, estas subvenciones en ningún caso podrían tener carácter excepcional, dado que han sido concedidas por la Junta ayudas similares de forma habitual y reiterada durante un largo período de más de diez años.

-No consta solicitud formal de las ayudas por parte del beneficiario.

-Tampoco consta la Resolución motivada de concesión por parte de la CEM, ni los requisitos exigidos a los beneficiarios.

-No consta que la CEM se haya ajustado a los límites legales establecidos para la asunción de compromisos de carácter plurl anual.

-No consta que se haya seguido el procedimiento exigido por la Ley de Contratos del Estado para la selección de la entidad aseguradora ni de la entidad mediadora.

-La póliza suscrita con FORTIA VIDA, al parecer se suscribió con la intervención de la entidad mediadora VITALIA, S.A., la cual, según informes de la Dirección General de Seguros, realizaba de manera Irregular actividades de mediación en seguros privados al no disponer de autorización para operar como correduría de seguros.

-Se han suscrito pólizas con Personal UFE, la cual, según informe de la DG de Seguros, carecía de la preceptiva autorización administrativa para operar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

-Según el criterio manifestado por la Dirección General de Seguros, y dado que el pago de la prima de la póliza suscrita es asumido por la Junta de Andalucía, "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..., 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, debería haber figurado como tal en los contratos de seguro."

-No consta que se haya seguido el procedimiento exigido por la Ley de Contratos del Estado para la selección de la entidad asesora que intervino en "la gestión del proceso de prejubilaciones". Este gasto, que fue satisfecho por la Junta como si se tratara de una subvención más, tendría que haber sido financiado por la propia empresa.

-No consta en el expediente el preceptivo informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía al Convenio firmado por la DGTSS y el IFA.

-La concesión de estas subvenciones no fue sometida por la CEM a fiscalización previa de la Intervención Delegada en dicha Consejería, como era legalmente exigible.

-Los baremos y criterios utilizados para cuantificar el importe económico de las ayudas derivadas de la aprobación del ERE analizado, son muy superiores y más amplios que los previstos en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de 5 de octubre de 1994, por la que se regula, para el ámbito del Estado, la concesión de ayudas similares.

Así, en el estudio de la póliza, la cobertura alcanza el 90% del salario neto, revalorizado un 2% anual, para trabajadores a partir de 52 años hasta cumplir la edad de jubilación (65 años). Con posterioridad a la jubilación, la cobertura consiste en una renta vitalicia del 90% del salario neto.

Además, en los acuerdos del ERE se establece que dichas rentas serán compatibles con las rentas del trabajo, salvo que las actividades a realizar supongan una competencia real y efectiva en el mercado para ACYCO SAL.

El coste de las prejubilaciones derivadas del ERE fue asumido en su totalidad por la CEM.

-El coste medio por trabajador del ERE 23/09 es 14 veces superior a la indemnización de 20 días de salario por año trabajado que les correspondía según certificado del Gerente de ACYCO SAL (que oscilaba entre 4.654,18 y 15.359,31 euros y cuyo coste medio ascendía a 6.700,58 euros).

-La Junta de Andalucía financió la inclusión en la póliza de dos personas sin relación laboral con la empresa: ANDRÉS C. M. y DOMINGO M. C., lo que supuso un coste de 234.537,87 euros.

Además, DOMINGO M. C. percibió la prestación de subsidio para mayores de 52 años desde julio de 2003 a agosto de 2.010, según su informe de vida laboral.

-La Junta de Andalucía financió dos pólizas de seguros de prejubilación en las que se incluía a ENCARNACION P. M., con un coste total de, al menos, 261.046,09 euros. Aun así, siguió vinculada a la empresa como Consejera percibiendo retribuciones por asistencia al Consejo de Administración de ACYCO desde 2.004 a 2.010, según información fiscal de la AEAT. Dichas retribuciones alcanzan la suma total de 318.455 euros, lo que supone una media anual de 45.493,57 euros.

-Del importe total de las ayudas concedidas a ACYCO, SAL, 24.542,21 euros proceden, mediante la utilización del irregular sistema denominado "pagos cruzados", de otras ayudas distintas concedidas a empresas diferentes. Por tanto, a tenor del artículo 38 de la LGHPCAA, las obligaciones así adquiridas pudieran ser también nulas de pleno derecho.

-Según informe de la Dirección General de Seguros, los gastos de comisión de las mediadoras son del 15,24%, porcentaje muy superior a la media del sector asegurador de vida, que para el ejercicio 2.005 era del 2,51%, lo cual supuso una comisión de 339.485 euros superior a la media del mercado.

-No existe constancia en el expediente de que por parte de la CEM se haya realizado un seguimiento de las ayudas concedidas.

-En el Convenio firmado por la DGTSS con IDEA para realizar el pago de las subvenciones, se afirma que: "La documentación acreditativa de dicha operación obra en poder de esta Dirección de General de Trabajo y Seguridad Social, que es conforme con la misma". Sin embargo, no existe en todo el expediente ninguna documentación que muestre el mínimo cumplimiento de las normas que regulan la concesión de subvenciones.

-No consta la preceptiva autorización del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para conceder subvenciones por importe superior a 3.005.060,52 euros, establecida en el artículo 104 de la Ley 5/1983 General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el artículo 115.2 de su Texto Refundido (D.L. 1/2010) y en el artículo. 4.1 del Decreto 254/2001 por el que se aprueba el Reglamento de concesión de subvenciones.

-No consta la preceptiva aprobación provisional (art.9.g) del Decreto 233/1991 de 3 de diciembre) por el Consejo Rector del IFA de los compromisos de pago superiores a 1.202.024,21 euros (modificado a 1.200.000 euros a partir de 21/2/2007 por el art10.f) del Decreto 26/2007, de 6 de febrero). Tampoco consta la preceptiva ratificación de la aprobación provisional por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía establecida en los mismos artículos citados".

Pero no sólo se trata del incumplimiento de los requisitos intrínsecamente exigibles conforme al procedimiento elegido, si no que el

diseñado era claramente ilegal mediante el uso de la partida presupuestaria 31 L y de las transferencias de financiación; cuestión ésta que en sí misma ya ha sido objeto de otro procedimiento diferente al presente, pero que aquí debe ser mencionado para la mejor comprensión de las cuestiones debatidas y a resolver.

Como concluye el Informe de la I.G.A.E las ayudas dadas a Acyco *"... fueron pagadas (no concedidas) por IFA-IDEA con cargo a los fondos recibidos de la CEM (Consejería de Empleo) como "transferencia de financiación". Por tanto, el pago de las mismas no originó ningún gasto en esta entidad pública, al tratarse del pago por cuenta de un tercero similar a un suplido, por lo que su cuenta de resultados no se vio afectada en ningún modo por ello. Consecuentemente, la aplicación por IFA-IDEA de los fondos recibidos vía "transferencia de financiación" al pago de dichas ayudas fue indebida, dado que su destino está limitado por ley de manera exclusiva a la cobertura de pérdidas de dicha entidad, estando obligada IFA-IDEA, igualmente por ley, a devolver a la Tesorería de la Junta de Andalucía los fondos no aplicados a esta finalidad."; resultando que "La CEM ha concedido estas ayudas con cargo a un concepto presupuestario inadecuado, "Transferencia de Financiación", cuya finalidad legal es solo la cobertura de pérdidas de la entidad pública IFA-IDEA, por lo que, a tenor del artículo 38 de la LGHPCAA, podría ser nula de pleno derecho." (sic).*

Como razona el Tribunal Supremo en Auto de fecha 24 de junio de 2015, dictado en la causa especial número 20.619/2014, Magistrado Instructor Excmo. Sr D. Alberto Jorge Barreiro, se trataba de todo un sistema ilegal de concesión de ayudas/subvenciones:

"En efecto, en la Exposición Razonada justificativa del suplicatorio con respecto a otros imputados se argumenta que el sistema ilegal establecido en la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía se centró en crear una partida específica para conceder las ayudas/subvenciones. Pártida a la que se adscribió el rótulo de "transferencias de financiación al IFA", bajo el que se ocultaban auténticas subvenciones, cuyo concepto y función es ajeno al de transferencia de financiación. De modo que se comenzaron a conceder las ayudas/subvenciones haciendo transferencias de financiación al IFA-IDEA, que actuaba como caja pagadora a terceros que se beneficiaban con las ayudas.

La aplicación del sistema de conceder las ayudas y subvenciones mediante las transferencias de financiación al IFA-IDEA generaba el falseamiento del presupuesto de esta entidad, dado el concepto legal de las "transferencias de financiación". Y es que el importe recibido por el referido Instituto procedente de la Consejería de Empleo como "transferencia de financiación" tenía que ser incluido legalmente como ingreso en el presupuesto de explotación del Instituto instrumental, de modo que cuadrara con el importe que la Consejería consignaba en su presupuesto de gastos para tales atenciones. Sin embargo, al no operar como tales gastos de explotación en IFA-IDEA, ya que las sumas transferidas se destinaban a pagar subvenciones a terceros por encargo de la Consejería de acuerdo con el Convenio tácitamente vigente entre ambas, se hacían figurar ficticiamente en el presupuesto del Instituto como "otros gastos de explotación", siendo lo cierto que en realidad operaban como pagos de subvenciones a terceros. Ello determinaba que en la ejecución del presupuesto no se materializaran los gastos presupuestados, quedando así sustancialmente reducida todos los años

la cifra correspondiente a la realización del gasto que ficticiamente se había especificado, gasto que pasaba a ser computado como pagos en la cuenta de balances. Dado lo cual, año tras año se comprobaba que solo había sido invertida en gastos de explotación una suma que no solía alcanzar el 20 por ciento de lo presupuestado en tal concepto. Ese índice llamativo y alarmante de ejecución del gasto presupuestado tenía que ser necesariamente detectado en la elaboración de los presupuestos.

Otro efecto derivado de la implantación del nuevo sistema, al margen del falseamiento del presupuesto anual del IFA-IDEA, era la elusión de la fiscalización previa por parte de la Intervención de Andalucía de las ayudas/subvenciones que fraudulentamente se concedían bajo el nombre de "transferencias de financiación". De manera que la Intervención fiscalizaba como transferencias de financiación lo que realmente eran ayudas/subvenciones, quedando éstas sin fiscalizar en la Consejería de Empleo, que era el órgano que las concedía y que poseía, cuando menos en teoría, la documentación pertinente. Esas subvenciones encubiertas tampoco se controlaban como tales en el IFA-IDEA, pues aquí solo constaba la ejecución de un pago a terceros a modo de suplido. Con lo cual, las subvenciones quedaban realmente sin fiscalizar, siendo ello una de las razones principales que llevaron a implantar el sistema, puesto que se conseguía evitar los controles de la Intervención y agilizar la concesión de ayudas, al mismo tiempo que se facilitaba la discrecionalidad y arbitrariedad en su concesión.

Las consecuencias nocivas derivadas del descontrol que generaba el nuevo sistema eran ostensibles. Pues, en primer lugar, impedía fiscalizar si la concesión de subvenciones socio-laborales y a empresas estaba justificada, tanto en la modalidad de regladas como en la de

excepcionales. También se quedaba sin supervisar el cumplimiento en el caso concreto de la normativa europea, la estatal y la de la Comunidad Autónoma. Y se impedía igualmente comprobar: si se daban en IFA-IDEA las condiciones para actuar como entidad colaboradora; si los beneficiarios cumplían las condiciones para serlo; si concurrían en la práctica las exigencias mínimas que marcaban las bases reguladoras de las ayudas; cuál era el destino final de éstas y cómo se controlaba su cumplimentación por los beneficiarios: etc.

Por último, como resaltó en su momento el Interventor General de la Junta de Andalucía, se producían déficits o desfases presupuestarios en la CEM, que era quien concedía las ayudas/subvenciones, debido a que la Consejería se obligaba a entregar ayudas anualmente por sumas muy superiores a las presupuestadas, generándose así obligaciones para la Junta de Andalucía sin cobertura presupuestaria, con lo que se incumplía lo dispuesto en el art. 38.2 de la LGHPCAA. Tales déficits alcanzaron unas sumas muy elevadas: 38.225.000 euros (año 2003); 93.609.000 (2004); 95.534.000 (2005); 58.097.000 (2006); y 40.658.000 (2007).”

Puede, por tanto, concluirse que con base al procedimiento utilizado no existió previa fiscalización de las ayudas concedidas. En este sentido es esclarecedor la explicación que reproducimos, ofrecida por los peritos de la Intervención General de la Administración del Estado interventores sobre la diferencia entre fiscalización del gasto y la del pago (folio 9071 y 9072 de la pieza matriz):

“Es preciso distinguir ambos conceptos con claridad, especialmente en lo que se refiere a la fiscalización de la concesión de subvenciones (gasto) por el Interventor de la CEM, y a la fiscalización del pago, a través de control financiero permanente, por el Interventor en IFA-IDEA.

Para realizar el análisis sobre la legalidad del procedimiento administrativo de concesión de subvenciones socio- laborales seguido por la CEM de la Junta de Andalucía, es preciso distinguir con claridad los conceptos de gasto y pago en la gestión de fondos públicos asignados a dicha Consejería, así como los procedimientos administrativos de gasto y pago legalmente establecidos.

La observancia de estos procedimientos garantiza que el gasto público en general y el gasto de concesión de subvenciones en particular, se someta plenamente a la legalidad vigente, ya que se requiere que exista crédito presupuestario adecuado y suficiente para ello, que se realice por persona con competencia legal, que se cumplan los trámites legalmente establecidos para la concesión de subvenciones, que se compruebe documentalmente el derecho que asiste al beneficiario y que, finalmente, se pague al beneficiario con derecho al cobro.

Ello cobra una extraordinaria importancia en el asunto que nos ocupa, ya que los procedimientos de gasto para la concesión de subvenciones sociolaborales los realizaba la Consejería de Empleo, mientras que los procedimientos de

pago eran efectuados por un organismo distinto: la entidad empresarial de derecho público IFA-IDEA, dependiente de la Junta de Andalucía.

Ambas entidades públicas, tienen presupuestos diferentes, tesorerías independientes, contabilidades separadas y métodos de fiscalización distintos, por lo que es preciso delimitar con precisión el papel jugado por cada una de ellas en la concesión de subvenciones (gasto realizado por la Consejería de Empleo) y en el pago de las mismas (pago realizado por IFA-IDEA).

Consecuentemente con lo anterior, la concesión de la subvención (gasto) debió ser fiscalizada por la Intervención Delegada en la Consejería de Empleo, aunque ello era materialmente imposible dado que no existía crédito presupuestario para ello por haber sido consumido al realizar la transferencia de financiación a IFA-IDEA. Por tanto, el problema en este punto se centra en la ausencia de fiscalización en la CEM de la concesión de la ayuda (que, como se ha dicho, ni se realizó ni podía realizarse por inexistencia del necesario crédito presupuestario al que aplicar el expediente a fiscalizar), mientras que la fiscalización del pago (no de la concesión) si se realizaba en IFA-IDEA a través del control financiero permanente; sin embargo, en este caso solo se podía comprobar que los pagos se habían realizado conforme a las órdenes recibidas de la CEM, es decir que los beneficiarios de las ayudas se correspondían con los convenios formalizados entre la CEM e IFA-IDEA y por los importes que

en ellos se detallaban, quedando por tanto sin fiscalizar todo el procedimiento de concesión de las ayudas.

Para tramitar un expediente de subvenciones socio-laborales con cargo al crédito presupuestario legalmente adecuado (artículo 48 "Transferencias a familias e instituciones sin fines de lucro"), es necesario cumplir primero y acreditar después ante la Intervención Delegada la existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente, la competencia de la autoridad concedente, los procedimientos legalmente establecidos para la concesión de subvenciones y el cumplimiento de requisitos por parte de los beneficiarios.

Sin embargo, para la tramitación del expediente con cargo al crédito 440.01 "Transferencia al IFA en materia de Relaciones Laborales", dada su naturaleza de instrumento financiero para la cobertura de pérdidas de la empresa pública, sólo es necesario acreditar:

a) La existencia de saldo suficiente dentro del concepto presupuestario específico para ello.

b) Emitir la orden de traspaso de fondos a IFA-IDEA en base a un calendario de pagos autorizado por la Dirección General de Tesorería, sin que sea necesario cumplir ningún extremo exigido para la concesión de subvenciones, especialmente los previstos en las propias leyes andaluzas; Ley 5/1983 LGHPCAA y Reglamento de Subvenciones de la Junta.

Además, con la utilización del nuevo e irregular sistema de otorgamiento de subvenciones, se situaron en dos unidades administrativas distintas los procedimientos de concesión y de pago, procedimientos ambos que antes se efectuaban en el seno de la Consejería de Empleo. Como resultado de esta división, permaneció en la Consejería la competencia para la concesión de las mismas y se encomendó a IFA su pago material. En resumen, la transferencia al IFA de los fondos para ser aplicados al pago de subvenciones permitió a la Consejería de Empleo:

a) Prescindir del procedimiento legal establecido para la concesión de subvenciones.

b) Eludir la fiscalización de dicha concesión por la Intervención Delegada en la CEM.

c) Situar los fondos necesarios en IFA-IDEA a través de un crédito presupuestario inadecuado para otorgar subvenciones, lo que permitió a IFA disponer de recursos para el pago de las ayudas sin haberse sometido a control alguno la concesión de las mismas en la CEM.

d) Ordenar a IFA-IDEA el pago de las subvenciones. Este pago era sólo la etapa final del procedimiento de concesión de subvenciones del que se había prescindido. IFA procedía finalmente al pago de las ayudas ordenadas por la CEM.

Así, el procedimiento para otorgar subvenciones (no para su pago) utilizado por la CEM mediante transferencias a IFA-IDEA, careció de Fiscalización y prescindió absolutamente del procedimiento legal establecido.”

Además en el otorgamiento de estas ayudas existió falta de competencia, lo que pone aún más de manifiesto el carácter prevaricador de las decisiones emitidas por el DGT y SS, Francisco Javier Guerrero Benítez con el conocimiento del Consejero y el Viceconsejero, Antonio Fernández García.

En efecto, la concesión de estas ayudas relativas, al menos en teoría, a prejubilaciones, ha sido realizada por el DGT y SS sin competencia legal para ello en los términos establecidos en el artículo 13 de la LRJPAC (conclusión nº 6 de las IGAE; Dictamen del Consejo Consultivo; Ley de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y artículo 4. 1 del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan los procedimientos para la concesión de subvenciones y ayudas públicas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomas y su régimen jurídico), y no por el titular de la Consejería, sin que conste que haya existido delegación de competencias en favor del primero, ni su publicación en el boletín oficial.

No ha existido aprobación previa de Consejo Rector de la Agencia de IFA-IDEA ni del Consejo de Gobierno de la Junta Andalucía en atención a la cuantía otorgada, vulnerándose así, entre otros, el artículo 4.1 del Reglamento de Subvenciones de la Junta Andalucía, a tenor del cual para la concesión de subvenciones y ayudas públicas cuando el gasto a

aprobar fuera superior a 3.005.060,52 €, se requiere la previa autorización mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno.

Tampoco se ha producido la preceptiva aprobación provisional por el Consejo Rector de IFA-IDEA ni la ratificación de la aprobación provisional por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, exigibles en los compromisos de pago superiores a 450.000 €, o 1.200.000 €, ex artículo 10 h) del Decreto 26/2007 de 6 de febrero, conforme a la normativa que regula el IFA y la Agencia IDEA. Normativa que atribuye las diferentes competencias para aprobar o formular propuesta de las actuaciones e inversiones cuyo compromiso de pago, gasto o riesgo sea, respectivamente, hasta 450.000 €, entre 450.000 € y 1. 200.000 € o por encima de esta última cantidad, 1.200.000 €, en cuyo caso lo aprueba el Consejo Rector pero necesita la ratificación del Consejo de Gobierno de la Junta Andalucía, como ya se ha dicho (Ley 3/1987, Decreto 122/1987 de Reglamento IFA, Decreto 263/1991 de 3 de diciembre que incremento de las cuantías, Decreto 7/2003, o Decreto 26/2007 de 6 de febrero, entre otros).

Nos encontramos ante irregularidades e ilegalidades clamorosas, de bulto, que evidencian el desprecio a normas de obligado cumplimiento y la arbitrariedad en la concesión de la examinada ayuda a Acyco, merecedora del reproche penal que ha sido objeto de acusación, a lo que hemos de añadir una falta de control en la custodia de documentos y de orden en la tramitación de los expedientes, además de ausencia de claridad en las actuaciones realizadas, que hacen que se puedan calificar por alguno de los acusados como meros errores administrativos a hechos de mayor responsabilidad, dada su especial trascendencia para el buen ejercicio de la función pública y su control, como son: La alteración de las

fechas de resoluciones o actos administrativos, que impiden conocer con exactitud el verdadero iter de los actos realizados para la aprobación de las subvenciones; alteración de fechas de firma de documentos (pólizas, solicitud de subvención etc...); fechas y cuantías de los pagos realizados, número de pólizas suscritas, primas comprometidas y la causa de su ampliación, etc.... Así, a título de ejemplo podemos señalar que la fecha del Protocolo de Colaboración de la DGT y SS y Acyco, firmado por Francisco Javier Guerrero y Encarnación P., esta datado el 26 de julio de 2003, cuando no se suscribió ese día y, al parecer, lo fue el 20 de octubre de 2003 como afirman Encarnación P. y Gabriel B. y, en parte, admite Francisco Javier Guerrero Benítez, puesto que se remite a un anexo de fecha posterior (31 de julio de 2003) y, además, ese no fue el anexo finalmente aprobado sino otro de fecha 5 de agosto de 2003. A partir de dicha disparidad de fechas y la destrucción de las pólizas suscritas, difícil resulta determinar la fecha de su efectiva firma, beneficiarios y el importe de las primas, máxime cuando en el Protocolo, como sucede también con el Convenio de colaboración de la DGT con el IFA de 10 de febrero de 2004, no se indica el importe de la colaboración o subvención, sino que se remiten a un documento anexo, que, como resulta probado, fue modificado el 5 de agosto de 2003, lo que ha obligado a un examen más detenido de los pagos realizados y pone de manifiesto el descontrol existente en la DGT y SS. Convenio de Colaboración que tampoco parece haberse firmado en la fecha que se consigna en el mismo, pues como informa la Guardia Civil (folio 29, Tomo I) *“Llama la atención de los agentes investigadores el hallazgo de un escrito de fecha 16/02/2004, por el cual la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social remitía al Instituto de Fomento de Andalucía, concretamente a Francisco J. O. M., tres copias de diferentes Convenios, entre los que se encontraba el descrito anteriormente, para que se procediera a firmarlos y*

posteriormente devolver dos copias de cada uno de ellos. Es evidente que el IFA firmó el citado Convenio en fechas posteriores a la estampada en el mismo” (folio 386, tomo 2 del Anexo 1).

Igualmente, tampoco consta cuando se produce la inclusión de Encarnación P. M. en la póliza colectiva concertada con Personal Life, pues no aparecía en el estudio actuarial realizado por Vitalia para la suscripción de la misma el 1 de agosto de 2003, ni aparece en el anexo adjunto al Protocolo y posterior Convenio de 10 de febrero de 2004.

TERCERO.- Los hechos son, igualmente, constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos definido en el art. artículo 432, 1 y 2 del Código Penal vigente al tiempo de su ejecución, al ser más beneficioso que la actual redacción y ser el nuevo contenido, de mayor amplitud: Según dicho precepto se sanciona a: *1.- “la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. 2. 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 al daño o entorpecimiento producido al servicio público”.*

La acción consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción que equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

El artículo 432 del Código Penal diferencia dos conductas típicas: una de ellas, la acción de sustraer, y otra, la conducta omisiva de

consentir que otro sustraiga. Pues bien, la acción típica de sustraer exige que el ánimo de lucro concorra en el sujeto activo de la conducta depredatoria, en tanto que cuando se trata de la conducta omisiva el ánimo de lucro no ha de estar en el que consiente, sino en el tercero que realiza la sustracción. El elemento subjetivo del injusto se satisface respecto al consentidor del ilícito apoderamiento, en este caso, con el conocimiento del hecho y la libre decisión de tolerarlo y ha de ser interpretado en sentido amplio como "animus lucri faciendi gratia"; en otras palabras, como propósito de enriquecimiento, ganancia económica, provecho o ventaja. Es indiferente que el móvil o causa última sea la mera liberalidad, la pura beneficencia o el ánimo contemplativo.

Debiendo indicar que el concepto de ánimo de lucro, conforme a la doctrina legal, tiene un sentido amplio, sinónimo de provecho, comprendiendo cualquier beneficio, ventaja o utilidad, para sí o para tercero, sin que sea necesario que tenga contenido económico, admitiéndose incluso los de carácter recreativo o de mero placer, siendo indiferente que persiga una utilidad "incluso meramente contemplativa, altruista, política o social, por supuesto sin causa moral o legal, cierta o posible, que autorice esa conducta.

En este caso, dicho ánimo es evidente en cuanto que, con la arbitraria concesión de la ayuda a Acyco, se ha permitido un desvío injustificado e ilegal de caudales públicos a favor de terceros, aceptado y consentido por las autoridades y funcionarios actuantes.

Nos encontramos ante un supuesto de **especial gravedad de la malversación.**

Sobre el subtipo agravado en la malversación, por todas, nos dice la STS 684/2007 de fecha 07/02/2007:

"... se denuncia la incorrecta aplicación del art. 432.2 C.P, que establece el subtipo agravado de la malversación cuando ésta "revistiere especial gravedad" atendiendo el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público".

Aduce el motivo que la agravación de la pena que establece el precepto aplicado requiere la concurrencia conjunta de dos elementos, el valor de las cantidades sustraídas y el daño o entorpecimiento producido al servicio público, señalando que si bien es cierto que la cantidad defraudada fue de notoria importancia, no es menos cierto que en momento alguno se haya acreditado daño o entorpecimiento del servicio público.

El Tribunal sentenciador aborda esta cuestión invocando la sentencia de este Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2.002, y las que en ella se citan de 29 de noviembre de 1.999 y 3 de enero de 2.001, en la que esta Sala se pronuncia por la aplicación del subtipo agravado de especial gravedad, que "... podrá apreciarse por la concurrencia alternativa de un elevado valor de la cantidad sustraída o de la causación de daño o entorpecimiento del servicio público. Por ello en principio, el encaje de los hechos en este caso enjuiciado en el párrafo 2, del 432 es viable aunque no se haya probado daño o entorpecimiento del servicio público, por lo que siendo la cantidad total sustraída en la continuada actividad criminal de más de 100 millones de pesetas, el Tribunal a quo aplica el subtipo agravado.

Es cierto que la doctrina jurisprudencial no es pacífica sobre la alternatividad de las condiciones legales para apreciar la agravación del art. 432.2 C.P., existiendo otra línea doctrinal que requiere la concurrencia conjunta del valor de las cantidades malversadas y del daño o entorpecimiento del servicio público. Pero aunque se optara por hacer prevalecer esta corriente más restrictiva, el pronunciamiento del Tribunal de instancia resulta correcto al aplicar el subtipo agravado porque no sólo se basa en la concurrencia del primer requisito (que, como hemos dicho, asume el recurrente), sino también en el segundo, pues, la sentencia especifica que las cantidades sustraídas a distintos ayuntamientos supusieron una parte considerable de su presupuesto anual, llegando en algún caso al 20%, 38,7% e incluso el 44,35% lo que indiscutiblemente produjo un severo perjuicio al servicio público que debían prestar a los ciudadanos. De ahí -señala el Tribunal de instancia- que de ahí que, aplicando la doctrina sentada en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sentencia de 13 de abril de 2.002, cuando dice: <<... En tercer lugar, porque es de todo punto razonable estimar que una sustracción que desposee a un Ayuntamiento de una cantidad superior a la quinta parte de su presupuesto daña considerablemente la prestación de los servicios municipales u obliga a buscar fuentes extraordinarias de financiación para evitar que sufra un grave entorpecimiento de su normal actividad administrativa>>, en el supuesto de autos es evidente que en relación a varios ayuntamientos perjudicados el importe de las cantidades sustraídas en un solo año, pues no hemos tenido en cuenta aquellos en que el importe de las cantidades es acumulación de impuestos cobrados y sustraídos de varios años, supera con creces la quinta parte de su presupuesto”

En el presente caso la suma malversada, tras el examen de las actuaciones y de los pagos acreditados documentalmente en relación con las tres pólizas que constan suscritas en ejecución del Protocolo de Colaboración, que no resolución, a favor de Acyco, según los datos contables suministrados por la Agencia IDEA, ascienden a 2.951.413,84 euros, a lo que hay que sumar 24.542,21 de la póliza 581-2 y 644.197,82 euros, de los que 358.151,22 euros correspondían a cuotas impagadas y 286,046,60 euros de intereses; haciendo frente a estas últimas cantidades el Consorcio de Compensación de Seguros al entrar en liquidación Fortia Vida que sustituyó a Personal Life; sumas de la que se hizo cargo, posteriormente, la Dirección General de Trabajo. Cantidades a las que hay que añadir los 82.... pagados en cumplimiento de la subvención excepcional el 24 de marzo de 2010 y que fueron destinados al pago de la factura de Garrigues por su intervención en los hechos ahora enjuiciados.

No consta determinado que estos pagos fueran destinados a la póliza 582 que cubría a los llamados "intrusos", y que según el Consorcio de Compensación de Seguros cobraron, efectivamente, 113.480,72 euros Andrés C. M. y 109.572,19€ Domingo M. C..

En lo que se refiere a la continuidad delictiva subtipo agravado de especial gravedad, la STS 841/2004 de fecha 18 de noviembre, señala que: *"en los casos de delito continuado, es posible la aplicación del art. 74.1 cuando alguno de los delitos que integran el continuado conforman la cualificación. En caso contrario habrá de atenderse al perjuicio total causado. En el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 interpretamos la norma específica de penalidad del delito continuado en el sentido de entender que éste siempre se castiga con la*

mitad superior de la pena, salvo que se trate de delitos patrimoniales en los que esta regla queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de la doble valoración (nos remitimos para un desarrollo más detenido a la S.T.S. 527/2010, de 4 de junio)”.

Para que se aprecie la continuidad delictiva es preciso que concurren los siguientes requisitos:

a) Pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales, como sucede en este caso con la firma de tres pólizas de seguro, la suscripción de la adenda determinante del pago de una factura falsa; el abono sucesivo de las primas de seguro; la utilización de pagos cruzados para el abono de la póliza 581-2.

b) Concurrencia de un dolo unitario que transparenta una unidad de resolución y propósito que vertebra y da unión a la pluralidad de acciones comisivas, de suerte que éstas pierden su sustancialidad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada en una sola y única programación de las mismas. Todas las disposiciones realizadas a favor de los particulares intervinientes, derivan del cumplimiento del compromiso adoptado por el Director General de Trabajo, Francisco Javier Guerrero Benítez, con el conocimiento y aprobación del Viceconsejero de Empleo, Antonio Fernández García, de abono de una ayuda a Acyco que englobaba el pago de unas pólizas de renta de supervivencia para prejubilados en beneficio de los mismos y de dicha empresa, en cuanto quedaba liberada de sus obligaciones laborales para con los trabajadores despedidos, así como a favor de dos intrusos y de la presidenta del consejo de administración de Acyco, que con la ayuda a ella, acordada

verbalmente, compatibilizó su mantenimiento en el puesto de trabajo con el cobro de la prestación por despido, así como con la ayuda por prejubilación y el cobro de dietas en la empresa, por cuantía muy superior a la que percibía con anterioridad. Así mismo, con dicho compromiso del DGT, se asumía el pago de la minuta de Garrigues por su intervención en la obtención de las resoluciones que hemos declarado prevaricadoras, además de favorecer a la empresa que intervino como mediadora para la concertación de las pólizas de seguro, obteniendo unas pingües comisiones muy superiores a las del sector seguros, y , también, a los responsables de dicha entidad, Vitalia que intervinieron para la materialización de dicho compromiso que, igualmente, obtuvieron beneficio económico por su intervención.

c) Realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicador de su falta de autonomía.

d) Concurrencia del elemento normativo de identidad o semejanza del precepto penal infringido, esto es, que todos ellos se dirijan a tutelar el mismo bien jurídico y tengan como sustrato una identidad de normas.

e) Unidad de sujeto activo.

f) Homogeneidad en el "modus operandi" por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines".

Requisitos que se aprecian en este caso, si bien no afectan a todos los acusados por igual, pues es distinta su participación, pero ciertamente todos los actos examinados en esta causa, responden a un "dolo unitario" o "de continuidad", designio común, merced al cual las distintas acciones

homogéneas realizadas en distintos momentos temporales, se reducen a una unidad y como tal deben ser tratadas.

En el presente caso, la decisión de concesión de la ayuda socio-laboral, la contratación de las pólizas de prejubilación y la participación en la ejecución del designio delictivo se produce de forma continuada en el tiempo por los acusados, produciéndose nuevas contrataciones, órdenes de pago y facturaciones falsas, así como autorizaciones de pago que responden a una concertación entre los acusados que permitió llevar a efecto lo ilegítimamente ideado, sucediéndose las acciones desde el año 2003 hasta 2010, en el tiempo en el que los acusados Antonio Fernández García, Francisco Javier Guerrero Benítez, Juan Márquez Contreras estuvieron en los cargos de responsabilidad y capacidad de decisión sobre los actos determinantes de los citados delitos (prevaricación y malversación de caudales públicos).

Como señala la sentencia del TS de 21 de mayo de 2012 *"los pagos mediante los que se hace efectiva la separación de los caudales públicos de su finalidad tienen lugar a lo largo de varios años, tal como resulta de los hechos probados, por lo que nada se opone a su consideración como varias infracciones que al encuadrarse, al igual que las relativas al delito de prevaricación, en la ejecución de un plan preconcebido, pueden ser calificadas como constitutivas de un delito continuado"*.

En este caso, estamos en presencia de una disposición de dinero a favor de particulares (Acyco, Vitalia, Garrigues, Encarnación P. 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 Juan Márquez y Daniel Alberto Rivera 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.

La posibilidad de sancionar por ambos delitos es admitida por la jurisprudencia como reconoce la sentencia antes citada, al señalar que, *“ambos delitos tienen su propio y autónomo contenido y su específica y diferenciada estructura típica”, y que generalmente “...se regirán por el concurso de delitos y no de normas porque son perfectamente separables y compatibles”. Por lo tanto, aun cuando se aprecien, como se hace en la sentencia en relación de concurso medial, no existen inconvenientes dogmáticos en la sanción de ambos delitos”.*

CUARTO.- Para la apreciación de los delitos antes indicados, y los que posteriormente examinaremos, hemos tenido en cuenta las declaraciones de los acusados y testigos, informes de la Guardia Civil, periciales, en especial, las emitidas de los interventores generales de la Administración del Estado y técnicos de la Dirección General de Seguros, así como el informe interno de funcionarios de la Consejería de Empleo y

documental aportada a la causa, de donde resultan indicios suficientes para sustentar el pronunciamiento condenatorio que realizamos.

Conocida es la doctrina jurisprudencial desarrollada, entre otras, en la sentencia del TS de 25 de julio de 2013, "que ha admitido reiteradamente la eficacia y validez de la prueba de carácter indiciario para desvirtuar la presunción de inocencia, y ha elaborado un consistente cuerpo de doctrina en relación con esta materia. En sentencias ya clásicas como las de 25 de enero de 2.001 (núm. 1980/2000), 12 de mayo (núm. 649/1998), 14 de mayo (núm. 584/1998) y 22 de junio (núm. 861/1998) de 1998 , 26 de febrero (núm. 269/1999), 10 de junio (núm. 435/1999) y 26 de noviembre (núm. 1654/1999) de 1999 , 1 de febrero (núm. 83/2000), 9 de febrero (núm. 141/2000), 14 de febrero (núm. 171/2000), 1 de marzo (núm. 363/2000), 24 de abril (núm. 728/2000), y 12 de diciembre (núm. 1911/2000) de 2000, así como en otras más recientes, como la núm. 193/2013 , de 4 de marzo, hemos señalado que los requisitos formales y materiales de esta modalidad probatoria son: 1º) Desde el punto de vista formal: a) Que la sentencia exprese cuales son los hechos base o indicios que se consideran acreditados y que sirven de fundamento a la deducción o inferencia. b) Que la sentencia de cuenta del razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, se ha llegado a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación en el mismo del acusado, explicación que - aun cuando pueda ser sucinta o escueta- es necesaria en el caso de la prueba indiciaria, para posibilitar el control casacional de la racionalidad de la inferencia. 2º) Desde el punto de vista material los requisitos se refieren en primer lugar a los indicios, en sí mismos, y en segundo a la deducción o inferencia. A) En cuanto a los indicios es necesario: a) Que estén plenamente acreditados; b) Que sean plurales, o excepcionalmente

único pero de una singular potencia acreditativa; c) Que sean concomitantes al hecho que se trata de probar; d) Que estén interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí. B) Y en cuanto a la inducción o inferencia es necesario que sea razonable, es decir que no solamente no sea arbitraria, absurda o 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 preciso y directo según las reglas del criterio humano" (art. 1253 del Código Civil). Responder plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia implica que la inferencia no resulte excesivamente abierta, en el sentido de que el análisis racional de los indicios permita alcanzar alguna conclusión alternativa perfectamente razonable que explique los hechos sin determinar la participación del acusado, en cuyo caso la calificación acusatoria no puede darse por probada".

Respecto a la validez como prueba de cargo de las declaraciones sumariales de los acusados, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo permiten tal posibilidad si bien supeditada al cumplimiento de determinados requisitos y circunstancias.

-En primer lugar hemos de referirnos a las declaraciones sumariales de Francisco Javier Guerrero Benítez, quien debido a su fallecimiento no compareció ni pudo declarar en el momento de la práctica de la prueba en el plenario, procediéndose, además, a la declaración de la extinción de su responsabilidad criminal de conformidad con lo previsto en el artículo 130 del Código Penal que establece que la responsabilidad criminal se extingue por la muerte del reo.

No obstante lo cual conviene determinar cuál sea la valoración probatoria que puede darse a su declaración sumarial respecto de los demás acusados.

Como excepción a la regla general de que pruebas válidas, a los efectos de enervar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, son solamente las practicadas en el juicio oral, el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación al establecer que podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

En la sesión del juicio de fecha 20-10-20, al amparo de lo dispuesto en el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Fiscal había interesado la lectura parcial de la declaración prestada por el señor Guerrero ante el Juzgado instructor, folios 1557 y siguientes. Asimismo la defensa de José Miguel C. R., interesó la lectura del contenido del último párrafo del folio 1741 y principio del 1742 de la declaración sumarial del Sr. Guerrero, a lo que este Tribunal accedió, dándose lectura por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia en los términos interesados, lo que ha posibilitado que su contenido se incorpore al debate procesal público con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral.

Sobre esta cuestión, con cita de otras muchas y del Tribunal Constitucional, nos dice la STS 890/2017 de fecha 13/03/2017:

“En lo que hace referencia a la validez como prueba de cargo de la declaración sumarial del coacusado, la STC 33/2015, de 2 de marzo, ratificando lo ya dicho en la sentencia de Pleno del Tribunal Constitucional 65/2014, de 8 de octubre, reitera las exigencias para que una diligencia sumarial pueda ser incorporada al acervo probatorio, insistiendo en la necesidad de que se trate de declaraciones que hayan sido prestadas ante la autoridad judicial y añadiendo que "Sólo cuando se produzca una rectificación o retractación de su contenido en el acto del juicio oral (art. 714 de LECrim) o bien una imposibilidad material de su reproducción (art. 730LECrim), las declaraciones prestadas con anterioridad podrán alcanzar el valor de prueba de cargo, siempre y cuando se reproduzcan en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentaron o la introducción de su contenido a través de los interrogatorios, pero bajo la condición de que se trate de declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción".

En su sentencia 134/2010, de 2 diciembre, el Tribunal Constitucional estructuraba las exigencias diciendo: *"En concreto, hemos condicionado la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado como: materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de Instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo, y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme al art. 730 LECRIM, o a través de los interrogatorios), lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a contradicción en el juicio oral ante el Juez*

o Tribunal sentenciador [SSTC 80/2003, de 28 de abril, F. 5 ; 187/2003, de 27 de octubre, F. 3 , y 344/2006, de 11 de diciembre , F. 4 c)".

-Los acusados Antonio Fernández García y Andrés C. M. en el momento de su interrogatorio se acogieron a su derecho a no declarar en el juicio. Ante lo cual, en este caso al amparo del artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fue interesada por el Ministerio Fiscal, la lectura de las declaraciones sumariales, a lo que se accedió por el tribunal, formulándose protesta por sus defensas.

Pese a tales protestas, este Tribunal considera que sí es posible la valoración de las declaraciones de los acusados efectuadas ante la Magistrada Instructora, tras su lectura en el plenario.

A este respecto la ya citada STS de 13/03/2017 expone:

"Y contemplando específicamente los supuestos en los que el acusado decide acogerse a su derecho a guardar silencio en el plenario y hubiera declarado en la instrucción sumarial ante el Juez, nuestra jurisprudencia (STS 843/2011, de 29 de julio ó 654/2016 de 15 de julio), concreta que por más que en estos casos no se produzca una auténtica retractación (ante la cual, el artículo 714 LECRIM posibilita la lectura de las declaraciones sumariales), dado que no hay expresión de ningún contenido divergente al anterior, y pese a que tampoco es un supuesto de imposibilidad de practicar la declaración (supuesto en el que también se contempla la lectura de las declaraciones sumariales en el art. 730 LECRIM), pues el ejercicio del derecho a no declarar no puede identificarse con la imposibilidad de practicar la declaración; es igualmente evidente que, en estos casos, el declarante no ratifica ni

rectifica lo ya declarado, pues se limita a guardar silencio (art. 714 LECRIM). Por ello, dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé otra forma de incorporar tales manifestaciones al material probatorio durante el plenario, y que una interpretación literal de los preceptos indicados supondría impedir la lectura en juicio de tales declaraciones sumariales (lo que supondría de facto reconocer al acusado, no sólo su derecho a no declarar, sino el derecho de excluir o borrar las declaraciones propias hechas voluntariamente en momentos anteriores), la jurisprudencia de esta Sala ha admitido que, si las declaraciones instructorias se realizaron con todas las garantías (incluyendo el respeto del derecho del investigado a no declarar), sea posible acudir a la aplicación del art. 714 de la LECRIM.

En todo caso, la misma jurisprudencia expresa la necesidad de dar lectura a las declaraciones prestadas ante el juez, (SSTS 830/2006 de 21 de julio; 1276/2006, de 20 de diciembre; 203/2007 de 13 de marzo; 3/2008, de 11 de enero; 25/2008, de 29 de enero; 642/2008 de 28 de octubre y 30/2009, de 20 de enero, entre otras) o -relativizando el requisito formal de la lectura- considera bastante que las diligencias sumariales hayan entrado en el debate del juicio por cualquier otro procedimiento que garantice la contradicción, admitiendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el juicio oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales, poniéndolas de manifiesto al objeto de que pueda darse la explicación oportuna (en tal sentido SSTC 137/1988, 161/1990 y 80/1991)."

El derecho a no declarar, actitud procesal que también puede ser valorada por el Tribunal, no se extiende a la facultad de "borrar" o

"aniquilar" las declaraciones que se hubieran podido efectuar anteriormente si se hicieron con todas las garantías.

En esos casos es posible acudir a la aplicación del art. 714 de la LECRIM como expone la STS, Penal sección 1, del 15 de julio de 2016 en los siguientes términos:

“De otro lado, y como dice la STS 843/2011, de 29 de julio, cuando el acusado decide acogerse a su derecho a guardar silencio en el plenario, habiendo declarado en la instrucción sumarial ante el juez, el Tribunal Constitucional, si bien no ha negado la posibilidad de valorar esas declaraciones sumariales como prueba de cargo si se incorporan adecuadamente al plenario en condiciones de que la defensa las someta a contradicción, ha entendido que no se trata de un supuesto de auténtica retractación (artículo 714 LECRIM) o de imposibilidad de practicar la declaración (art. 730 LECRIM). Y ciertamente es claro que no se trata de un supuesto cobijable en el art. 730, pues el ejercicio del derecho a no declarar no puede identificarse con imposibilidad de practicar la declaración; pero es igualmente evidente que, en estos casos, el declarante no ratifica ni rectifica lo ya declarado, pues se limita a guardar silencio (art. 714 LECRIM). Dado que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé otra forma de incorporar tales manifestaciones al material probatorio durante el plenario, una interpretación literal de esos preceptos impediría la práctica de la prueba en el juicio oral a través de la lectura de tales declaraciones, permitiendo al acusado no sólo acogerse a su derecho a no declarar, sino que supondría reconocerle un derecho de exclusividad sobre las propias declaraciones hechas voluntariamente en momentos anteriores. Entendiendo que el derecho a no declarar no se extiende a la facultad de "borrar" o "aniquilar" las

declaraciones que se hubieran podido efectuar anteriormente si se hicieron con todas las garantías (y con respeto entre otros a su derecho a no declarar), la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que también en esos casos es posible acudir a la aplicación del art. 714 de la LECRIM, dando lectura a las declaraciones prestadas ante el juez y facilitando al acusado la oportunidad de manifestarse en ese momento sobre lo entonces declarado (SSTS 830/2006 de 21 de julio; 1276/2006, de 20 de diciembre; 203/2007 de 13 de marzo; 3/2008, de 11 de enero; 25/2008, de 29 de enero; 642/2008 de 28 de octubre y 30/2009 de 20 de enero, entre otras), pues es evidente que la decisión de los imputados de acogerse al derecho a no declarar, constituye una manifestación de su derecho de defensa que no es irreversible, de manera que, oída la lectura de la declaración sumarial, puede decidir responder a alguna pregunta e, incluso, puede hacer las aclaraciones que considere pertinentes a través del ejercicio del derecho a hacer uso de la última palabra, como una manifestación del derecho de defensa ejercido personalmente."

Y en lo que se refiere al momento válido y adecuado para proceder a la lectura de estas declaraciones continúa esta sentencia:

"De otro lado, la declaración del imputado, aunque solamente es posible hacer uso de su contenido documentado por no prestarse ante el Tribunal del enjuiciamiento, no es una prueba documental, sino una prueba personal. Es por ello que el momento adecuado para su lectura es el del interrogatorio de quien declaró en la instrucción y no el de la prueba documental, pues en todo caso debe permitirse al declarante la aclaración de lo ya manifestado, aunque decida no hacer uso de ese derecho en todo o en parte."

Respecto a la relevancia en orden a operar como prueba de cargo las declaraciones sumariales, con ocasión del ejercicio del derecho a no declarar por parte de alguno de los acusados, respecto de los demás encausados quienes podrían verse afectados en su derecho de contradicción con este elemento de prueba, dada aquella negativa a responder a las preguntas formuladas por las demás defensas, el TEDH ha declarado que la regla general del Convenio ordena otorgar al acusado una oportunidad adecuada y suficiente de contestar e impugnar un testimonio de cargo y de interrogar a su autor, si bien con algunas precisiones pues exige que la falta de confrontación se deba a la imposibilidad de localizar al testigo, que el testimonio en cuestión no constituya el único elemento sobre el que descansa la condena. Ahora bien, únicamente exige que se dé a la defensa del acusado la posibilidad de interrogar al testigo o coacusado, pero teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. De ahí que cuando la defensa del acusado ha podido formular al testigo las preguntas que ha considerado pertinentes en orden a su defensa y este por su condición de coimputado se niega a contestarlas, según la Jurisprudencia del TEDH, se ha respetado el derecho de contradicción del acusado. Posicionamiento del TEDH el que se hace, entre otras, en la STS de 15-07 2016:

“La STC 219/2009, de 21 de diciembre (con cita de las SSTC 2/2002, de 14 de enero, 38/2003, de 27 de febrero, ó 142/2006, de 8 de mayo), expresamente establecía que «la garantía de contradicción implica... que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no

realizar manifestaciones lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido ». Y esta Sala, en su STS de 20 enero de 2006, reconoció la doctrina de que la lectura de las declaraciones sumariales, de producirse en el transcurso del interrogatorio dirigido a quien realizó las manifestaciones en cuestión, permitió preguntar si reconocía la declaración como propia y, aunque su respuesta hubiere sido la negativa a contestar, ya a partir de ese momento, ese material y el contenido de semejante declaración sumarial, conocido por todos los presentes desde entonces mediante su lectura pública y, por ende, cumpliendo los principios de oralidad y publicidad básicos en nuestro sistema de enjuiciamiento penal, quedaba introducido debidamente en el correspondiente debate y podía ser objeto de contradictorio tratamiento, tanto en los sucesivos interrogatorios dirigidos a los otros acusados, como a los testigos, así como en las alegaciones finales de las partes. En el mismo sentido se expresaba la STS de 25 de septiembre de 2009...”

-En todo caso la incorporación al material probatorio de la declaración sumarial de los coimputados mediante su lectura en el juicio oral, en modo alguno modifica el criterio que debe presidir su valoración.

Una reiterada Jurisprudencia de la Sala 2ª ha establecido que la declaración del coimputado como prueba de cargo hábil para desvirtuar la presunción de inocencia -cuando sea prueba única- podía concretarse en las siguientes reglas:

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 y

f) La declaración de un coimputado no se corrobora suficientemente con la de otro coimputado.

QUINTO.- Ya hemos apuntado cual evidente resulta la irregular e ilegal concesión de la subvención socio-laboral a Acyco por parte del DGT, Francisco Javier Guerrero Benítez, con el conocimiento y la aprobación del Viceconsejero de Empleo, Antonio Fernández García (también debió serlo del Consejero, si bien no ha sido acusado en este procedimiento y, por tanto, no examinamos su posible actuación), prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, sin ni siquiera contar con solicitud de la entidad beneficiada, sin fiscalización previa ni tramitación de expediente alguno y sin dictarse resolución que la acordara, tratándose de una decisión verbal dictada por dicho DGT sin tener delegada la competencia para ello por parte del Consejero de

Empleo; delegación que se produjo mediante orden de fecha 3 de marzo de 2010, en la que expresamente se delega la competencia del titular de la Consejería en el titular de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social para la concesión de ayudas socio-laborales de carácter excepcional; orden dictada por el Consejero, Antonio Fernández García, y que entró en vigor con su publicación en el boletín oficial de la Junta de Andalucía que tuvo lugar el 6 de abril de 2010.

Antonio Fernández García, ostentó el cargo de Viceconsejero de Empleo y Vicepresidente del Consejo Rector del IFA desde el 1 de enero de 1.999 hasta el 28 de abril de 2004, ascendiendo en esta fecha a Consejero de Empleo, cargo que desempeñó hasta el 22 de marzo de 2010, habiendo sido informado por el DGT de la subvención a otorgar a Acyco y su importe, lo que le hubiera obligado a presentar su concesión a la aprobación y ratificación del Consejo de Gobierno de Andalucía, así como, también, el Convenio de Colaboración con el IFA, dada su condición de vicepresidente del Consejo Rector del IFA, y no se realizó, admitiendo una subvención que sabía que carecía de fiscalización previa del gasto por parte de la Intervención delegada de la Consejería de Empleo, con lo que facilitó el desvío de fondos públicos a favor de particulares. La ilegalidad era tan evidente que tuvo que ser conocida y consentida por el citado Viceconsejero, pues se concedió de forma verbal, omitiéndose la obligación de registrar la subvención en la base de datos establecida al efecto, además de haberse ignorado totalmente el procedimiento para la concesión de la ayuda a Acyco, como señalan de forma clara los peritos de la IGAE, como ya hemos señalado. Concesión de la que, según su propia declaración, tuvo conocimiento por parte de directivos del despacho de Garrigues y por el Director General de Trabajo en los gabinetes directivos semanales a los que concurrían.

Decisión que determinó que la Junta de Andalucía, asumiera el pago de las primas de tres pólizas de seguro, cuyo importe, como hemos indicado, no resulta claramente determinado, pues en el anexo al que se remite el Protocolo de Colaboración y después el Convenio de Colaboración con el IFA de 10 de febrero de 2014 se alude a un estudio actuarial, justificante del precio de la prima de la póliza colectiva de renta de supervivencia que se iba a suscribir, de 36 trabajadores, donde no aparece Encarnación P. M. y si dos personas ajenas a Acyco, siendo su importe al contado 2.832.482,52 € y el coste aplazado 2.951.413,84, pero es lo cierto que Encarnación P. fue incluida después en la póliza, existiendo en las actuaciones un nuevo anexo de fecha 5 de agosto de 2003 en el que sí aparece ella junto con las 36 personas antes indicadas, donde se indica que *"este anexo sustituye y deja sin efecto a cualquier otro anexo con el mismo n.º de póliza, emitido con fecha anterior"*, siendo el coste de la prima 3.270.309,19 euros. No obstante ello, no se firmó una sola póliza sino dos, la nº RS0027200000581, que aseguraba a los 35 trabajadores del E.R.E, y la RS0027200000582 que aseguraba a los dos intrusos, y el coste de las primas, según los anexos de condiciones particulares al reglamento general de prestaciones firmado el 5 de agosto de 2003 por el representante de Personal Life con los representantes de la "Asociación 3 de julio", en la primera, y con representantes de Vitalia, en la segunda, es de 3.137.571,13 €. Y 234.537,87€, respectivamente. Cantidades estas últimas que parecen corresponderse con lo realmente abonado y lo reclamado por las aseguradoras, pues según la documentación contable de la Agencia IDEA, se realizaron los siguientes pagos:

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

Siendo a destacar que, habiéndose abonado ya 1.450.000 euros el 17 de mayo de 2005, el director financiero de PERSONAL LIFE, envió una carta a la DGTSS, en la que le indicaba que se iba a proceder a informar tanto al tomador como a los asegurados, que se iba a aplicar la cláusula de reducción por el impago de las primas por parte de la Junta de Andalucía, siendo la deuda pendiente en esa fecha, en relación con la póliza de la Asociación 3 de Julio, de 1.984.504,70€ (folio 46- Tomo 1), lo que supondría que el compromiso de la DGT era de 3.434.504,70 euros.

Así mismo, el 11 de agosto de 2005, la mutua aseguradora Personal Life, envió una carta al Presidente de la Asociación 3 de Julio Antonio A. M., en la cual le informaba que el importe pendiente de cobro a fecha de 28/07/2005 ascendía a la cantidad de 1.502.110,11 euros en relación a la póliza RS273-581 (folio 47-Tomo 1), cuando lo abonado por el IFA/IDEA hasta esa fecha era de 1.950.000 euros, lo que daba una suma de 3.452.110,11 euros.

Estos documentos y pagos contabilizados por IFA/IDEA, parecen corresponderse con el importe de las primas que hemos declarado probadas, puesto que las cifras indicadas en los dos párrafos anteriores, superan a la suma de las primas de seguro concertadas (3.137.571,13 €. y 234.537,87€).

Ello viene corroborado, además, por el hecho de asumir Daniel Alberto Rivera Gómez como Director General de Trabajo, la deuda ya abonada por el Consorcio de Compensación de Seguros al hacerse cargo de la liquidación de la aseguradora Fortia Vida M.P.S.A. Cuota Fija que sustituyó a Personal Life, correspondiente a impagos de la Consejería de Empleo a dicha mutua por una suma total de 4.463.044,80 euros de pólizas de prejubilaciones similares a la ahora examinada, de la que 644.197,82 euros eran pagos pendientes de la póliza de Acyco, 358.151,22 euros por cuotas insatisfechas y 286,046,60 euros de intereses, habiendo abonado IDEA el 20 de diciembre de 2010, en cumplimiento de la resolución del citado Director General de Trabajo de fecha 17 de diciembre de 2010, 1.115.761.20 euros como primer plazo de la deuda aceptada al Consorcio de Compensación de Seguros (Tomo 2- folios 703, 707 y 805 y Tomo 3 folios 966 y ss).

En la documentación relacionada con esta deuda, asumida inicialmente por el Consorcio de Compensación de Seguros, se nos aporta información, según la cual, el DGT Daniel Alberto Rivera Gómez, tuvo conocimiento de las pólizas relacionadas con Acyco y su cuantía, sin que se hayan aportado a esta causa (folios 965 y 966 del Tomo 3), constando un email de Fortia Vida a dicho acusado, en el que le adjuntan las citadas pólizas y es por ello, tras su examen, por lo que resuelve aceptar la

deuda con el Consorcio de Compensación de Seguros (folio 767 del Tomo 3).

A la vista de este conocimiento del contenido de las pólizas por parte de Daniel A. Rivera, resulta aún más imprecisa la suma total abonada por IFA/IDEA a cuenta del Convenio de Colaboración suscrito con la DGT en relación a Acyco, pues desconocemos el motivo por el que dicho acusado manifestara en el plenario que *“advirtió que, en determinados casos, cuando se suscribía la póliza, cobraban toda la póliza en un primer momento, lo que no es normal, y esto sucedió en Acyco”*.

Por otra parte, en el informe de la IGAE se nos indica que no consta abono alguno respecto a la póliza 582.

De lo anterior resulta una disposición de fondos públicos sin justificación muy superior a la que parece referirse el Protocolo de Colaboración y Convenio con el IFA de 10 de febrero de 2004, que favoreció a distintos particulares, entre ellos, a algunos de los acusados, en especial a Acyco, en cuanto le eximieron del pago de la indemnización que le correspondía satisfacer a los trabajadores despedidos; a éstos, al recibir una contraprestación muy superior a la que procedía según ley; a Vitalia, cuya intervención no era necesaria ni fue objeto de previo concurso y que percibió una comisión desmesurada en comparación con la normal en el sector del seguro, así como para las personas que intervinieron a su cuenta y dos personas ajenas a Acyco, favorecidas por su relación personal con el DGT decisor de la ayuda, ya fallecido, y también para la presidenta del consejo de administración de esta sociedad, Encarnación P., que mantuvo su actividad en la misma,

desempeñando el mismo cargo directivo y obteniendo una retribución superior que compatibilizaba con las rentas por prejubilación del seguro de renta colectiva sufragado por la Junta de Andalucía, y con el subsidio de desempleo; igualmente, el despacho de Garrigues como luego motivaremos. Beneficios indebidos a cuya obtención favorecieron los acusados Antonio Fernández García, Encarnación P. M., Gabriel B. R., José Miguel C. R., Antonio A., José M^a B. y Juan Márquez Contreras, a cuya intervención nos referiremos en un apartado posterior.

Como señala la sentencia del TSJA con sede en Sevilla de fecha 5 de noviembre de 2014, en relación a la concesión de ayuda concedida a Acyco, *"lo único indubitado en dicha intervención es la entrega totalmente irregular y sin sustento legal, por parte de la Junta de Andalucía, de dinero público para pagar sin causa las primas en relación a las pólizas de seguros colectivos cuyos tomadores eran unos particulares. El Protocolo de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y ACYCO de 26 de julio de 2003, señala como objetivo de la Dirección General de Trabajo la gestión y coordinación de las ayudas relativas a la prejubilación de los trabajadores que se anexan, pero no implica el otorgamiento o reconocimiento de subvención alguna al indicarse, en el punto II, que ... ambas partes muestran su disposición al desarrollo del protocolo mediante los oportunos instrumentos; desarrollo que se debía haber efectuado con la tramitación del correspondiente procedimiento para el otorgamiento de la subvención, que como se ha indicado nunca se produjo...Ante la falta de cualquier procedimiento previo no pueden darse por válidas las ayudas, pues ha quedado acreditado no sólo la total ausencia de procedimiento de otorgamiento de ayuda, lo que determinaría la nulidad de la misma, sino la propia existencia de resolución de otorgamiento, no siendo posible*

presumir válido y eficaz un acto que no existe. Igualmente, carecen de todo fundamento las resoluciones impugnadas, que, por razones que se ignoran, se apoyan en la concesión de subvenciones que nunca han sido otorgadas. Lo único que hay son pagos de primas realizados sin justificación por la Administración Autonómica". Y en relación a la inclusión de Encarnación P., señala que "quien después de prejubilarse bajo financiación pública continúa percibiendo rentas de cualquier clase, como hizo la Sra. P. M., pasa a estar incurso en la causa de reintegro revista en el art. 37.1.b) de la Ley General de Subvenciones, pues rompe el principio de solidaridad que preside el objetivo de la ayuda, transformándola en una inaceptable suerte de ingreso complementario de la percepción de rentas".

SEXTO.- 1.- El día 3 de julio de 2003, ante la Delegación Provincial de la Consejería de Empleo en Sevilla, actuando en nombre de la sociedad ACYCO Gabriel B. R. presentó solicitud de Expediente de Regulación de Empleo por causas productivas y organizativas para la extinción de la relación laboral de 35 trabajadores, contando con el asesoramiento del despacho de abogados Garrigues, en nombre del cual intervenía José Miguel C. R., quien se había ofrecido para su tramitación y la obtención de una ayuda para el pago de las prejubilaciones de los trabajadores afectados a cargo de la Junta de Andalucía-Consejería de Empleo- que, igualmente, se haría cargo de sus honorarios.

Como declaró Francisco Javier Guerrero y en sentido similar, Encarnación P. "*despachos profesionales de élite -refiriéndose a Garrigues en el caso de Acyco-, vendían al empresario el producto, esto es el ERE y las prejubilaciones gratis o casi gratis porque pagaba la Junta de Andalucía, es decir, asumían con los empresarios unos compromisos*

que todavía no se habían producido y luego negociaban con el declarante para que estos efectivamente se produjeran"

En el expediente que acompaña a esta solicitud se adjunta el Acta de Acuerdo de fecha 2 de julio de 2003 emanado de la mesa negociadora, en la que, en representación de Acyco figura Gabriel B. R. y por la representación social, miembros del Comité de Empresa, aludiéndose a que el período negociador había comenzado el 27 de marzo de 2003.

Según la estipulación tercera de este Acuerdo, las extinciones de los contratos de trabajo se llevarían a cabo en el período comprendido entre la autorización administrativa del ERE y el cumplimiento de la edad de 52 años de los afectados. En la estipulación cuarta se preveía que la compensación para los afectados por la extinción de sus contratos de trabajo consistiría en un Plan de Prejubilaciones, señalándose 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 la empresa"*, con lo que Acyco quedaba liberada de su obligación derivada de la relación laboral mantenida con los trabajadores afectados. En la estipulación decimoprimer, que lleva por título "ASEGURAMIENTO DE RENTAS", se establecía que los trabajadores incluidos en el Acuerdo constituirían una ASOCIACIÓN compuesta por los afectados por el plan de prejubilaciones que suscribiría, como tomadora, un seguro de rentas con una entidad financiera de reconocido prestigio, resultando los trabajadores asegurados y beneficiarios del seguro.

A esta solicitud también se acompaña (folio 15 del Anexo I), el listado de los 35 trabajadores afectados por el expediente entre los que se encontraban Encarnación P. M., que figura como personal fijo en el puesto de jefe de organización (folio 102 del Anexo I).

Asimismo en la documentación que se adjunta a la solicitud del ERE, fechado en el mes de junio de 2003 consta el Informe Técnico y Plan de Viabilidad efectuado por la firma "Deloitte & Touche" (folios 105 y siguientes), en el que se hace expresa mención a que en junio de 2003 la plantilla de Acyco estaba constituida por 119 trabajadores (folio 145 del Anexo I), plasmándose en el folio 170 de este informe las subvenciones recibidas por la administraciones pública, por un importe total, a fecha 31 de diciembre de 2002, de más de 7.600.000 €, sin que al parecer estas sean las únicas ayudas percibidas por Acyco (véase folio 272 del Anexo I).

Con fecha de 23 de julio de 2003, el Delegado Provincial en Sevilla de la Consejería de Empleo dicta resolución, (folio 305 y siguientes del Anexo I), 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 (no por motivos económicos). Conforme a las disposiciones legales, la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados por el expediente se acreditaría mediante la citada resolución, confiriéndoles el derecho a solicitar del INEM el reconocimiento de las prestaciones por desempleo que les correspondan siempre que concurrieran los requisitos legalmente exigidos. La extinción así autorizada de los contratos de trabajo, tras los trámites oportunos, daría derecho a un plan de prejubilación por el que

los afectados pasarían a ser preceptores de la prestación contributiva por desempleo, previo a la etapa de jubilación y además, tendrían un complemento garantizado que se comprometería a pagar la empresa a cada trabajador.

Gabriel B. R. fue el que presentó el ERE de Acyco del 2003, manifestando que favorecía la entrada del grupo SOS en la sociedad, siendo el despacho Garrigues por medio del acusado José Miguel C., el que lo preparó y tramitó por indicación de Encarnación P., tras contactar con ellos y asegurarles, como hemos indicado, que la Junta se haría cargo de todos los gastos incluidos los de su asesoramiento y el de Deloitte & Touche (como más detalladamente se explicará en su momento) partiendo tanto él como Encarnación de la premisa de que el coste para Acyco era "cero", manteniéndose reuniones con la participación de Encarnación P., Gabriel B., José Miguel C. y el Director General de Trabajo y Seguridad Social Francisco Javier Guerrero, en el que, éste, mostró su disposición favorable a apoyar económicamente las prejubilaciones, siendo de Garrigues la idea de constituir la Asociación 3 de Julio, integrada por los trabajadores despedidos, para que figurara como tomadora del seguro de renta colectiva que se iba a contratar, cuando en realidad la póliza iba a ser satisfecha íntegramente por la Consejería de Empleo.

La intervención y oferta de C. R. que es afirmada por Encarnación P., al que ella también conocía de años atrás por su común pertenencia a UGT, diciendo que se presentó como experto en casos similares y asegurándoles que ni su asesoramiento ni las prejubilaciones iban a costarles nada, ni tampoco la intervención de la auditora Deloitte & Touche que se encargaría de realizar el informe de viabilidad.

C. R. admite que fue efectivamente él quien entró en contacto con los representantes de Acyco conociendo de años atrás a Encarnación P. y a Gabriel B., desprendiéndose de los emails obrantes en las actuaciones a los que luego nos referiremos, como el compromiso de pago de sus honorarios por parte de la DGT y SS era real.

Como se desprende del contenido del acuerdo de 2 de julio de 2003, la iniciativa de la actuación enjuiciada partió de José Miguel C. y que cuando se iniciaron las gestiones con los trabajadores estaba ya definida la línea de actuación a seguir y que antes de alcanzar el Acuerdo con los trabajadores de Acyco para presentar el ERE, Encarnación P., Gabriel B. y José Miguel C. ya sabían que el Plan de Prejubilaciones lo iba a financiar la Junta de Andalucía, estando también ya comprometida la intervención del grupo Vitalia, pues el acuerdo con los trabajadores se consiguió merced a las ventajosas condiciones ofrecidas mediante la suscripción de pólizas de renta colectiva de las que se encargaría contratar esta sociedad a través de algunas de las aseguradoras que formaban su entramado societario y en nombre de Vitalia actuaron Antonio A. y B., lo que será objeto de un desarrollo posterior.

Así lo corrobora la suscripción del "compromiso" de 8 de mayo de 2003 por parte de Francisco Javier Guerrero como se pasa a exponer.

2- Compromiso de 8 de mayo de 2003 entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y Acyco.

Como consecuencia de los predichos contactos y las reuniones mantenidas entre los responsables de Acyco, C. R. y el entonces Director

General de Trabajo, Francisco Javier Guerrero, éste, suscribe un documento de fecha 8 de mayo de 2003, obrante al Tomo VIII, CD del folio 2856, en el que textualmente se dice:

"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".

De dicho documento se infiere, claramente, que efectivamente existieron contactos y reuniones entre la Dirección General de Trabajo y los representantes de Acyco y que C. R. había obtenido ya el compromiso por el que se materializada su oferta, por el cual la Consejería de Empleo, por medio de la Dirección General de Trabajo, aportaría fondos públicos, barajándose desde ese momento que las ayudas se efectuarían mediante pólizas de seguros, previa la realización del cálculo actuarial, dependiendo de éste cálculo la cuantía de las aportaciones que habría de efectuar a cargo del erario público.

En este documento nada se dice de la existencia del ERE, cuya gestación ya se había iniciado, ni en el expediente de regulación de

empleo (Tomo 7, folios 2.392 a 2.804 de las actuaciones) se hace la más mínima referencia a la existencia de ayudas o subvenciones socio-laborales, las cuales estaban ya comprometidas en mayo, ni en la resolución del Delegado Provincial de Sevilla de la Consejería de Empleo por la que se aprueba el expediente de regulación de empleo de carácter extintivo, aunque en la documentación de éste expediente ya se incluía el Plan de Viabilidad de Deloitte & Touche, y en el Acuerdo con los trabajadores se hacía referencias al plan de prejubilación y a la concertación de pólizas de seguro por parte de la Asociación de afectados por las prejubilaciones.

Todo lo cual pone de manifiesto que desde antes del inicio de todo este proceso las líneas directrices estaban ya marcadas.

3.- El Protocolo de Colaboración de fecha 26 de julio de 2003.

La DGT de la Consejería de Empleo, representada por su director general, Francisco Javier Guerrero, y Acyco, representada por Encarnación P., suscriben este Protocolo de Colaboración, (obrante al folio 155 del Tomo I y folio 30 y siguientes del CD unido en el folio 2.856 y siguientes Tomo VIII, así como folio 326 y siguientes del Anexo I), que aparece fechado el 26 de julio de 2003, aunque, como ya hemos indicado, al parecer se firmó en octubre de 2003, como así lo afirman Encarnación P. y Gabriel B. y, en parte, fue admitido por Francisco Javier Guerrero.

En este protocolo se alude a la necesidad de llevar a efecto prejubilaciones, al menos de 40 personas, y se marcan los objetivos a cumplir por la Dirección General y por Acyco. Por parte de la DGT, la

gestión y coordinación de las ayudas relativas a la prejubilación de los trabajadores, que se anexan al Protocolo, en las cantidades resultantes del estudio actuarial y consiguiente póliza. Por parte de Acyco se marcaba como objetivo el cumplimiento del Plan de Inversiones y de Futuro elaborado, "como anexo de este Protocolo".

En el texto de este Protocolo no se detalla los concretos trabajadores afectados, ni el importe de la ayuda, remitiéndose a este respecto al estudio anexado efectuado por Vitalia de fecha posterior (31 de julio de 2003) a la que consta como de suscripción del protocolo (26 de julio de 2003).

El anexo de este Protocolo (folios 328 y 329 del Tomo II Anexo I), es un estudio realizado por Vitalia de 31 de julio de 2003, que fija como fecha de inicio el 1-08-03, indica los niveles de cobertura, la edad de las personas reflejadas en el listado a fecha 31-12-2003, el coste de la prima al contado ascendente a un total de 2.832.482,52 €, constando que el precio aplazado (tres cuotas cuyos vencimientos serían los días 1-08-03, 1-12-03, y 1-12-04) asciende a 2.951.413,84 € (folio 331 Tomo II, Anexo I). En él aparecen como beneficiarios de la ayuda un total de 36 personas, entre los que no aparece Encarnación P. M. y sí dos personas que nunca habían trabajado en Acyco, Domingo M. C. (ya fallecido) y el acusado Andrés C. M., sobre lo que después se volverá cuando se aborde la cuestión de los denominados "intrusos".

Este Protocolo no puede ser considerado como la resolución de concesión de una subvención. Se trata de una mera declaración de intenciones, que no concreta los compromisos adquiridos por cada una de las partes, que formalmente se relacionan con el apoyo económico y el

compromiso de la empresa de llevar adelante un supuesto plan de reestructuración. Pese a que se dice en el mismo que se anexa el plan de inversiones y de futuro por parte de Acyco, el mismo no aparece unido y tampoco consta que existiera.

En la firma del Protocolo estuvieron presentes, además de los firmantes (Guerrero y P. M.) el Sr. B. R., responsable de recursos humanos de Acyco así como Antonio A. M. en representación de Vitalia, que era la empresa que había realizado los estudios actuariales correspondientes a la póliza, tal y como viene a reconocer en juicio el propio A., así como que Guerrero lo llamó para la suscripción de la póliza porque corría prisa, admitiendo en sus manifestaciones ante la Instructora, las relaciones mantenidas con la Junta así como las conversaciones con Guerrero, desprendiéndose de las declaraciones de Jesús B., consultor responsable de dicha empresa en Andalucía y Extremadura, que José Miguel A. era su jefe directo y que era quien le daba las instrucciones para la suscripción de la póliza, siendo quien trataba sus condiciones con la DGT. Es a destacar en esta relación, el pago por el IFA, por orden del DGT, de una factura que Vitalia de fecha 30 de septiembre de 2003, por importe de 4.183,04 euros, en concepto de estudios actuariales para la empresa Acyco, cuyo abono por la Junta de Andalucía carece de justificación (folio 120, Tomo 1).

Previamente a la suscripción de este Protocolo, el acusado Jesús B., actuando por cuenta de Vitalia, había ido en multitud de ocasiones a la sede de Acyco, se había entrevistado con los trabajadores afectados y les había tomado los datos para remitirlos al departamento de planes de Barcelona, todo ello de común acuerdo con Antonio A..

En total se formalizaron tres pólizas de cuyo coste se hizo cargo la DGT, abonándose las primas con fondos públicos: la RS002730000581 que será objeto de un estudio más detallado en este apartado, RS002730000581582 y RS002730000581/2, sobre las que después se volverá.

A) En cumplimiento del compromiso adquirido por la DGT, para el pago de las prejubilaciones, se formaliza la póliza de renta colectiva núm. RS002730000581 con la compañía Personal Life (en lo sucesivo póliza 581) (folios 338 y siguientes de la causa y también folios 34 y siguientes del cd obrante en el folio 2.856 del Tomo VIII).

Esta póliza tiene efectos de fecha 1 de agosto de 2003, es financiada íntegramente por la Junta de Andalucía a pesar de que el tomador del seguro es la Asociación 3 de julio, constituida por los trabajadores afectados siendo el presidente de la Asociación, D. Antonio A. M..

No se dispone de esta póliza de renta colectiva, ni tampoco de las restantes pólizas, toda vez que los archivos del grupo Vitalia fueron destruidos y no ha sido aportada por la Consejería de Empleo, sin que haya sido posible conocer sus contenidos exactos.

Respecto de la póliza 581, solamente consta el Reglamento General de Prestaciones a las Personas, el Reglamento de Seguro de Renta de Supervivencia, el Anexo al Reglamento General de Prestaciones a las Personas (Anexo I de condiciones particulares en el que se contienen sucintamente ciertos datos, tales como el tomador (Asociación 3 de julio), entidad aseguradora (Personal Life), número de póliza (581), el

tipo de prestaciones, la forma de pago de las primas y su importe, que en el anexo al reglamento general de prestaciones de fecha 1 de agosto de 2003 es de 2.832.482,52 € y aplazado un total de 2.951.413,84 €.

Como hemos indicado anteriormente, vinculada a esta misma póliza número 581, con fecha 5 de agosto de 2003 se firmó un segundo anexo que sustituye al de 1 de agosto de 2003 que es al que se remitía el Protocolo de Colaboración, siendo ahora el importe de la póliza financiada de 3.270.309,19 euros. En este segundo Anexo se recoge la siguiente frase: "ESTE ANEXO SUSTITUYE Y DEJA SIN EFECTO A CUALQUIER OTRO ANEXO CON MISMO N. ° DE PÓLIZA, EMITIDO CON FECHA ANTERIOR" (folios 75 y siguientes del cd obrante al folio 2856 del Tomo VIII), apareciendo como beneficiarios 37 personas al incluir ya a Encarnación P. además de mantener a los dos intrusos. Igualmente, se firmó un nuevo anexo al Reglamento General de Prestaciones a las Personas de la póliza 581 que sustituye al anterior, por importe de 3.137.571,13 euros de fecha 5 de agosto de 2003 (folio 343, Tomo 1), en el que aparece una firma debajo del sello de la Asociación 3 de julio que no se corresponde con la de su presidente Antonio A. y que incluye ya a 37 asegurados, también Encarnación P., lo que debió ser autorizado verbalmente por el DGT, con conocimiento y connivencia con dicha beneficiaria y los acusados Gabriel B., que según ella, era su consejero y al ser el director de recursos humanos de Acyco conocía su mantenimiento activo en la misma como presidenta del consejo de administración, Antonio A. y Jesús M^a B., que fueron quienes mantuvieron las relaciones con Acyco, Garrigues y la DGT para la suscripción de la póliza, su importe y determinación de los beneficiarios y tomadores etc...

Dicha póliza cubría las rentas de supervivencia de los 35 prejubilados incluidos en el ERE, siendo una decisión verbal la que hizo que se elevara definitivamente el importe de la prima de seguro concertada hasta alcanzar 3.137.571,13 euros tras la exclusión de los intrusos ya admitidos y autorizados por el Director General de Trabajo, y que para disimular su ilegal aseguramiento por cuenta de la Administración Pública, se firmó una segunda póliza a su favor, la 582, de la misma fecha que la anterior por importe de 225.086,84 euros (folio 386, Tomo 1), por lo que el precio total subvencionado ascendió a 3.362.657,97 euros.

No es, por tanto, el estudio actuarial que consta, tanto en el Protocolo de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y Acyco, como en el Convenio de Colaboración de la Dirección General y el IFA, el que dio lugar a la cuantía de la subvención otorgada. Es decir, estos convenios oficiales recogen el coste de las prestaciones garantizadas para dos "intrusos", pero no el coste de las prestaciones de Encarnación P. M., respecto de la que no existe resolución escrita alguna que lo asuma.

No obstante la inclusión en la póliza 581 de Encarnación P. M. con un coste total de 261.046,09 euros, más la parte correspondiente a la ampliación de la póliza RS0027300000581/2, la acusada siguió vinculada a la empresa como presidenta del consejo de administración, percibiendo retribuciones por asistencia a Consejos de Administración desde 2.004 a 2.010, según información fiscal de la AEAT, con lo que incumplía la finalidad última de las ayudas socio-laborales, que no es otra más que garantizar la cobertura económica de los trabajadores afectados en

tramos de población que, por razón de su edad, tienen mayores dificultades para la reinserción social, lo que no sucede con la acusada que, tras prejubilarse, continuó percibiendo rentas y por tanto, incurría en causa de reintegro prevista en el art. 37.1 b) de la Ley General de Subvenciones, al romper el principio de solidaridad que preside el objetivo de la ayuda, transformándola en una inaceptable suerte de ingreso complementario de la percepción de rentas (sentencia del TSJA, sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 5 de noviembre de 2014, unida a la causa)“.

Igualmente, según informe de la Dirección General de Seguros, los gastos de comisión aplicados a la mediadora son del 15,24%, son muy superior a la media del sector, que era del 2,51% para el ejercicio 2.003. Ello supuso un sobrecoste de comisión de 339.485 euros superior a la media del mercado y las garantías aseguradas para los trabajadores eran: Hasta su jubilación, renta del 90% del salario neto incrementado un 2% anualmente. A partir de la jubilación, renta vitalicia del 90% de su salario neto sin incremento. Rentas que, como dijimos, eran compatibles con la continuidad en un trabajo ajeno a la actividad de Acyco y compatibles con el subsidio por desempleo. Según la IGAE, dichas rentas suponen un coste medio por trabajador de 93.437,40 euros, es decir, 14 veces superior a la indemnización de 20 días de salario por año trabajado que les correspondía según certificado emitido por Gabriel B. como gerente de Acyco (que oscilaba entre 4.654,18 y 15.359,31 euros y cuyo coste medio ascendía a 6.700,58 euros).

El hecho de la autorización de estos gastos, de haberse incluido como tomador de la póliza 581 a la Asociación 3 de julio y no su real

pagadora, la Consejería de Empleo, por indicación del despacho de Garrigues que se encargó de confeccionar sus estatutos para así liberar a Acyco de las posibles futuras reclamaciones de los trabajadores asegurados, junto con la inclusión de Vitalia como tomadora de la póliza 582, habiendo cobrado ésta entidad, sin justificación, de la Dirección General de Trabajo la factura de 4.183 euros por los estudios actuariales, junto con el hecho de haber sido elegida sin estar autorizada para operar como correduría de seguros y haber sido quien indicó la aseguradora que fue aceptada sin previo concurso y sin estar autorizada para actuar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, junto con el hecho de existir una comunicación entre A. y C., en la que se pone de manifiesto la disposición del director general de trabajo, Francisco Javier Guerrero, de incluir los honorarios profesionales del despacho de Garrigues en la póliza de seguros, cuando sus servicios los había, supuestamente, contratado con Acyco, pone de manifiesto la connivencia existente entre los acusados para llevar a cabo la obtención de una subvención fuera de los cauces legales y por unos importes totalmente desproporcionados en perjuicio de la Administración Pública.

Un ejemplo más de la connivencia existente, en este caso entre la DGT y Garrigues, lo demuestra el email dirigido por Francisco Javier Guerrero al despacho de Garrigues el 28 de septiembre de 2.006, en el que le comunica que *"se ha procedido a transferir el importe íntegro de la prima correspondiente a la póliza suscrita por la Asociación 3 de julio... Con este importe se atiende los compromisos asumidos en su día por esta Consejería a fin de que con los mismos se diera cobertura a los costes asociados y gastos derivados del mismo, entre los que se incluía su asesoramiento técnico".*

En relación con esta póliza 581, la pericial de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones arroja otras significativas conclusiones:

"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 Francisco G. R., 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.”

B) Con fecha 1 de agosto de 2003 se suscribe con la entidad PERSONAL LIFE, M.P.S. la póliza n.º RS0027200000582 (en lo sucesivo póliza número 582), en la que se incluyen como beneficiarios a las dos personas que nunca habían tenido relación laboral con Acyco, el acusado Andrés C. M. y Domingo M. C., ambos ya fallecidos, figurando como tomador del seguro VITALIA, S.A., con efectos del mismo 1 de agosto de 2003. El coste al contado de esta póliza era de 225.086,84 euros y 234.537,87 euros de prima a plazos.

Aunque será objeto de un análisis diferenciado, conviene dejar apuntado ya en este momento que, aunque teóricamente pudiera considerarse como una póliza distinta a la número 581, su importe estaba incluido en la ayuda decidida a Acyco, por lo que Vitalia que

intervenía como tomadora del seguro en realidad no asumió coste alguno, actuando, únicamente, para enmascarar la ilegalidad de la inclusión de los intrusos en una póliza de rentas de supervivencia con cargo a fondos públicos.

C) Por último, Francisco Javier Guerrero mostró su conformidad a que se suscribiera una póliza para tres trabajadores de Acyco, entre los que se encontraba Encarnación P. M., comprometiéndose a abonarles 24.542, 21 € el 01/02/2008 (folio 389), dando lugar a la póliza número RS0027300000581/02, en lo sucesivo póliza 581/2, en la que figuraba como tomador la Asociación 3 de julio y como aseguradora Fortia Vida. Cuestión que será objeto de tratamiento separado.

4.-El Convenio.

Como ya se ha dicho, el 10 de febrero de 2004 se firma por el Director General de Trabajo, Francisco Javier Guerrero, y el Director General de IFA, ya fallecido, el Convenio para articular el pago de la ayuda a Acyco, (entre otros, Anexo I tomo 2 f. 574, y en CD del Tomo VIII folios 2856 y ss, -pinas 112 y siguientes-).

En virtud de este Convenio, Francisco Javier Guerrero, como Director General de Trabajo, encomienda al IFA el pago de las ayudas sociales que corresponden a la relación de extrabajadores y al calendario de pagos que figura en dicho Anexo que consta adjunto al Convenio. Las cantidades para su abono le serían transferidas al IFA con cargo a la partida presupuestaria 31L y al Convenio Marco de 17 de julio de 2001, firmado en su día por el Consejero de Empleo y Desarrollo Tecnológico y

el Presidente del Instituto de Fomento de Andalucía, Antonio Fernández García.

Como se ha dicho, el Anexo I que se adjunta al Convenio y al que este se remite, contiene un listado de 36 trabajadores en el que se incluían a los dos intrusos y no se mencionaba a Encarnación P., señalándose en el mismo el calendario de pagos consistente en 3 plazos para los meses de agosto y diciembre de 2003 y diciembre de 2004, por importe respectivamente de 204.344,12 €, 1.373.534,86 € y 1.373.534,86 €.

Este anexo coincide con el unido al Protocolo de Colaboración con Acyco.

Consecuentemente, la orden de pago de la Dirección General de Trabajo al IFA venía referida a esos 36 trabajadores a los que se designa nominalmente, entre los que se encontraba las dos personas que nunca habían tenido vinculación con Acyco y no comprendía a Encarnación P., y también a un coste de la prima al contado de 2.832.482,52 €, coste de prima aplazado de 2.951.413,84 €, fijándose para ello tres plazos resultando llamativo que dos de ellos, los dos primeros fueran de fecha anterior al propio Convenio, circunstancia por la que, entre otros motivos, ni los plazos de pago ni las cuantías se cumplieron. Ni tan siquiera el primer pago de la póliza se hizo efectivo, lo que, al parecer, obligó a su adelanto por parte de los propios trabajadores de Acyco, motivando este adelanto otra nueva irregularidad por cuanto el mismo se hizo efectivo mediante la suscripción de una Adenda a este Convenio, de fecha 8 de julio de 2004.

En este Convenio por el que se ordenaba el pago por el IFA, no se consignaba el plazo de ejecución de la actividad que se mencionaba, no reflejaba su distribución plurianual, no indicaban porcentaje que representa la ayuda respecto del total de la actividad subvencionada, no se indicaba la forma, ni la secuencia de pago, ni los requisitos exigidos para su abono, no indicaba el plazo ni la forma en la que Acyco debía justificar el cumplimiento de la finalidad por la que se concedía la ayuda.

Este Convenio ordena un pago que no concreta y no se dice la cantidad que ha de ser pagada, lo que resulta altamente significativo, y articula el pago de una ayuda que se supone ya concedida, resultando que las pólizas a cuya prima debe ir destinada la subvención, ya habían sido puestas en marcha y estaban firmadas, recibiendo los beneficiados (los extrabajadores de Acyco, Encarnación P., que siguió percibiendo emolumentos de la sociedad, y las dos personas ajenas a la sociedad) las mensualidades pactadas, además de la prestación de desempleo.

No obstante, como después se verá, no fueron las primas de las pólizas concertadas, las únicas cantidades abonadas con cargo a fondos públicos, pues se realizaron pagos al margen de IFA-IDEA (pagos cruzados) y se otorgaron otras ayudas.

Estos dos "acuerdos" oficiales (Protocolo de Colaboración y Convenio con IFA-IDEA), en modo alguno pueden ser considerados como la resolución de la concesión de la ayuda o subvención que fue otorgada sin que existiera solicitud, ni resolución escrita de concesión alguna.

Tampoco las cantidades a las que se aludía en estos dos "acuerdos oficiales" (Protocolo de Colaboración y Convenio con IFA), coinciden con

las realmente abonadas que fueron muy superiores como hemos indicado. Además estas sumas se vieron incrementadas por la suscripción de una Adenda al Convenio de 2004 ascendente a 243.600 €, para el abono de lo supuestamente adelantado para el pago de la prima de las pólizas por siete socios y por la existencia de pagos cruzados por importe de 24.542, 21 € para el abono de una ampliación de la póliza para tres beneficiarios en enero de 2007, entre los que estaba incluida Encarnación P..

Acerca del Protocolo de Colaboración y el Convenio decía la sentencia dictada en relación a Acyco por el TSJA, Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla, de fecha 8-10-2013:

"En efecto, el Protocolo de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y Acyco de 26 de julio de 2003, señala como objetivo de la Dirección General de Trabajo la gestión y coordinación de las ayudas relativas a la prejubilación de los trabajadores que se anexan, pero no implica el otorgamiento o reconocimiento de subvención alguna al indicarse, en el punto II, que ambas partes muestran su disposición al desarrollo del protocolo, desarrollo que se debía haber efectuado con la tramitación del correspondiente procedimiento para el otorgamiento de la subvención, que como se ha indicado nunca se produjo.

Igualmente, consta en el expediente, un Convenio de Colaboración de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social y el Instituto de Fomento de Andalucía (IFA), de 10 de febrero de 2004, de -encomienda de materialización singular de las ayudas sociales, sin que se identifiquen las ayudas otorgadas que se iban a materializar con dicho convenio, que

supone el pago por vía indirecta por parte de la Dirección General de las cantidades, debido a que transfiere el dinero al IFA con cargo a la partida 01.13.00.01.00.440.51.031L, para que éste realice el pago a la aseguradora Personal Life. No se encuentra explicación alguna, en las resoluciones impugnadas ni en el expediente administrativo, de las razones de efectuar los pagos de forma indirecta, careciendo de todo sentido, salvo que se estuviera intentando eludir los controles administrativos a los pagos realizándolos a través de un ente instrumental”.

Resulta extraordinariamente llamativo que tanto el Protocolo de Colaboración de 26 de julio de 2003 como el Convenio de 10 de febrero de 2004, en la medida en que aspiraban a constituirse en medidas de acompañamiento socio laboral en los procedimientos de ajuste de personal en Acyco mediante la prejubilación de sus trabajadores, su contenido estuviera fijado en exclusiva por remisión a los estudios actuariales efectuados por Vitalia.

A ello cabe añadir la concesión de una nueva ayuda en el año 2010 para el pago de la minuta al despacho Garrigues, lo que será objeto de análisis diferenciado, y en un plano distinto las consecuencias económicas que supuso la quiebra de Fortia Vida de las que tuvo que hacerse cargo el Consorcio de Compensación de Seguros.

Estas cuantiosas cantidades fueron graciosamente concedidas a pesar de que no existió solicitud de ayuda o previo expediente administrativo sin el cual no podía existir una resolución de otorgamiento que respondía, según manifiesta Antonio Fernández García, a una decisión política.

Las compañías intervinientes (Personal Life y Fortia Vida) fueron elegidas por Vitalia, que al igual que las aseguradoras fueron designadas sin respeto a la libre concurrencia de otras posibles interesadas. Las pólizas estaban plagadas de múltiples irregularidades como se ha expuesto, se ordenaron pagar cantidades que no habían sido concretadas en los que hemos llamado "acuerdos oficiales", pese a lo abultado de las mismas, ascendentes a una cantidad total superior a 3.300.000 €, que luego se vio sobrepasada, siendo manifiestamente superiores a las habituales en circunstancias parecidas otorgadas para la prejubilación de los beneficiados por ayudas socio-laborales.

Las ayudas socio-laborales concedidas se articularon mediante la suscripción de pólizas, que no dejaban de constituir una relación jurídica privada, respecto de la cual la Administración carecía de competencias, quedando así desapoderada del control que le es propio, no obstante lo cual su coste íntegro fue asumido por la Junta de Andalucía con cargo al erario público.

Como expresa el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia de fecha 14 de mayo de 2013, Recurso 230/2012:

"De lo expuesto, la primera conclusión que debemos obtener, es que no existe, solicitud, trámite, ni acuerdo de la Consejería de Empleo que conceda de manera directa al recurrente una ayuda en cantidad concreta para el Seguro Colectivo de rentas, y que por tanto ninguna condición, obligación o compromiso puede ser declarada incumplida al amparo del artículo 37 de la Ley General de Subvenciones..."

Sería en el caso del colectivo, la empresa tomadora del seguro,..., la beneficiaria directa de la ayuda socio-laboral;... Por ello el procedimiento de comprobación e incumplimiento al amparo de la Ley General de Subvenciones debió dirigirse contra la beneficiaria directa de la ayuda..., aun admitiendo que el trabajador es el beneficiario indirecto, al aparecer como tal, en una póliza de seguro colectivo de naturaleza privada, la Administración carece de competencia para decretar la ilegalidad en una relación jurídica privada...".

En estos hechos participaron no sólo el ya fallecido Francisco Javier Guerrero, y Antonio Fernández García como Viceconsejero de Empleo y Vicepresidente del IFA, sino además Encarnación P., artífice de todo el entramado, en palabras del citado DGT, era la verdadera negociadora aunque contaba con el asesoramiento de Gabriel B. y José Miguel C. R., verdadero conseguidor de la ayuda, así como Antonio A. (interlocutor con Francisco Javier Guerrero y La Junta Andalucía) y Jesús María B., estos dos últimos, en nombre del grupo Vitalia, promotores de la emisión de las pólizas, y del acuerdo sobre el importe de las primas a suscribir, conocedores de la forma como se iban a enmascarar los intrusos y de la ilegal forma de actuar de la DGT. Todos, beneficiarios directos o indirectos de la subvención obtenida y cooperadores necesarios para su ejecución y ocultación de la ilegalidad cometida de la que eran plenamente conocedores.

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, siendo frecuentes las relaciones entre Francisco Javier Guerrero, como cabeza

visible de la Dirección General y los representantes de Vitalia. Así, a título de mero ejemplo y sin perjuicio de ulterior desarrollo, obsérvese el contenido del folio 380 del Tomo II del Anexo I, consistente en un manuscrito de Francisco Javier Guerrero en el que hace constar: "A. envía entidad aseguradora y n.º de cuenta para el punto 2º de las estipulaciones. La utilización de Vitalia, que obtendría pingües beneficios de ello, se hizo a pesar de que la misma no tenía autorización para operar en Andalucía, ni para figurar como mediadora en atención a las peculiaridades de estas pólizas, tal y como pone de manifiesto el informe pericial de la Dirección General de Seguros. La Vinculación entre la DGT y Vitalia, igualmente, se pone de manifiesto en el hecho de ser esta mediadora la utilizada frecuentemente por la primera para materializar ayudas semejantes a la ahora enjuiciada, siendo el 100% de las contrataciones de Vitalia en Sevilla en 2003 procedentes de dicho organismo público, incluso se llegaron a contratar en la oficina de Sevilla, personas indicadas por Francisco Javier Guerrero que estaban unidas a él por relaciones de amistad (Sara S., Mª B. H. y Gregorio M.)

Asimismo, resulta probada la intervención del acusado José Miguel C. en nombre de la firma Garrigues, no sólo en la formalización del ERE de Acyco, sino con anterioridad, en el diseño de las ayudas socio-laborales otorgadas a dicha sociedad, además de su colaboración a lo largo de los años en que duró el desarrollo de la ayuda (2003-2010) e incluso después.

SÉPTIMO.- Introducción de DOS INTRUSOS en las pólizas de prejubilación.

El expediente de regulación de empleo de Acyco suponía la prejubilación de 35 de sus trabajadores lo que conllevaba el abono por la empresa de las indemnizaciones y gastos que ello generase; obligaciones que fueron asumidas, de la forma antes descrita, por la Dirección General de Trabajo, al frente de la cual se encontraba Francisco Javier Guerrero Benítez.

Conforme al compromiso, ya transcrito, ofrecido por el citado DGT el 8 de mayo de 2003 (CD obrante al folio 2856 del Tomo VIII de la causa), los destinatarios de las ayudas a conceder por dicho organismo público, serían los trabajadores excedentes de la readaptación de plantilla de Acyco mayores de 52 años de acuerdo con el Plan de Viabilidad, calculándose los costes en atención al estudio actuarial que se realizase, materializándose las mismas mediante una póliza de seguros.

Como consecuencia de este compromiso, se pacta el ya mencionado Protocolo de Colaboración suscrito por el Director General de Trabajo, Francisco Javier Guerrero, y Encarnación P. M., en representación de Acyco. A este Protocolo de Colaboración se adjunta como Anexo (folios 328 y 329 del Tomo II del Anexo I), un estudio actuarial realizado por Vitalia de fecha 31 de julio de 2003, en el que se refleja el coste de la póliza para 36 trabajadores y sus identidades, en este listado, como hemos indicado, no estaba incluida Encarnación P. pero sí dos personas que ninguna vinculación laboral ni de otro tipo habían mantenido con Acyco, tratándose del acusado Andrés C. M. y Domingo M. C. ya fallecidos.

A efectos de cubrir los compromisos, con fechas 1 de agosto de 2.003 se suscriben las Pólizas RS0027300000581 y RS0027300000582,

con la compañía PERSONAL LIFE, cuyo coste fue asumido por la Junta de Andalucía, teniendo por objeto la segunda de las pólizas, la RS0027300000582, dar cobertura a las dos personas mencionadas, Andrés C. M. y Domingo M. C., quienes ninguna relación tenían con el ERE ni con Acyco, figurando como tomadora esta segunda póliza, Vitalia, S.A., con efectos de 1 de agosto de 2003.

Vitalia aparecía como tomadora del seguro en la póliza 582 de manera ficticia e irregular, siendo obvio que no se haría cargo del pago de la misma, pues el coste de las prestaciones de estas dos personas era asumido por la DGT e iba inseparablemente unido a la decisión de la ayuda otorgada a Acyco

La suscripción de esta póliza fue absolutamente irregular como así es informado por la IGAE y la Dirección General de Seguros. En primer lugar, la póliza 582 firmada el día 01/08/2003 con la entidad aseguradora PERSONAL LIFE, según el primer dictamen, posee características muy llamativas. Así se desconoce el motivo por el que la compañía mediadora de seguros, VITALIA S.A. aparece como tomadora de esta póliza. El grupo asegurado son dos trabajadores sin relación laboral alguna con Acyco y las garantías aseguradas consisten en una renta mensual de supervivencia para Andrés C. M. de 947,7 euros incrementada en un 3% anual hasta los 65 años, y en una renta mensual de 873,13 euros incrementada en un 2% anual hasta los 65 años para Domingo M. C.. La prima al contado era de 225.086,84 euros, que financiada asciende a 234.537,87 euros, y de la documentación contenida en el expediente se deduce que el coste de las rentas de prejubilación de ambas personas asciende a 234.537,87 euros. Además, Domingo M. C. percibió la prestación de subsidio para mayores de 52 años desde julio de 2003 a

agosto de 2.010, según informe de vida laboral de la Tesorería General de la S.S. Asimismo, concluye la I.G.A.E., no consta pago alguno respecto de la póliza 582 (afirmación esta que debe entenderse como un pago diferenciado e independiente del resto de los pagos efectuados por la Junta por las pólizas relativas a Acyco), ni la misma figura como tal en el detalle de ayudas concedidas y pagadas por la Junta de Andalucía. La realidad fue que la Junta, sin justificación alguna, financió la inclusión en la póliza de las dos personas citadas sin relación laboral con la empresa, lo que supuso un coste de 234.537,87 euros.

Del conjunto de pruebas practicadas, resulta acreditado para este Tribunal, que estas dos personas fueron introducidas como beneficiarias de la póliza por orden de Francisco Javier Guerrero, quien facilitó los datos personales de ambos a Antonio A. y que éste a su vez, se los pasó a Jesús B. (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 enviar los datos al departamento de planes de Vitalia en Barcelona, calificando la inclusión de estos intrusos como *“especiales, sin gestión”*, siendo Jesús B. quien se encargaba de este tipo de asegurados, como afirma el Guardia Civil nº de Tip XXX y resulta de las manifestaciones y documentos unidos al informe policial sobre Vitalia, además de por la declaración de Antonio A. y el email que le remitió José A. L. d. C. (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 Juan Antonio L. d. C. 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. A C. R. lo conocía de antes, según su manifestación en el plenario.

En el citado folio 3836, Antonio A. se dirige a Jesús B. en relación a Domingo M. C. y le escribe a mano *“Jesús, llámale al XXX para que venga a verte y después me llamas para que le prepares estudio en función al desempleo etc”*.

Estos documentos vienen a desmentir la declaración de Jesús M^a B., 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 B. tenía como consultor disponemos de las declaraciones de sus entonces compañeros con una posición semejante a la suya en otras sedes.

En concreto Ramón F. V. (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 B., 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", Andrés C. y Domingo, M., 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 B..

Tanto Domingo M. como Andrés C. 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. B. y A., 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 Francisco Javier Guerrero Benítez.

El coste de la póliza del Sr. M. C. ascendió a 104.885,01 euros y el de la póliza del Sr. C. M. a 120.201,83 euros, cantidades que reclama la Junta de Andalucía.

El encausado Andrés C. M. ha percibido como consecuencia de la póliza firmada, un total de 113.480,72 euros y el fallecido Domingo M. C. un total de 109.572,19 euros, cantidades que son las reclamadas por el Ministerio Fiscal.

No ha sido objeto de especial discusión que, tanto Andrés C. M. como el ya fallecido Domingo M. C., que ninguna vinculación habían tenido con la empresa Acyco, se vieron favorecidos por las ayudas prestadas con cargo a fondos públicos por parte de la Dirección General de Trabajo, a través de su inclusión injustificada, ilegal y arbitraria como beneficiarios de una póliza.

La póliza de fecha 1 de agosto de 2003, en la que aparecen incluidas las dos personas ajenas a la empresa es la número RS0027200000582 (582), suscrita con la entidad "Personal Life, M. P. S.", en ella figura como tomador del seguro Vitalia, S.A., su fecha de efectos es el mismo día 1 de agosto de 2003, lo que evidencia la especial intervención de los acusados (A. y B.) en la materialización de las ayudas a estas personas ajenas a Acyco.

El precio al contado de esta póliza era de 225.086,84 € y a plazos 234.537,87 €. (folios 386 y ss., Anexo al Reglamento General de Prestaciones a las Personas, Anexo 1, condiciones particulares), apareciendo ambos asegurados en los certificados individuales suscritos por los mismos con la mutua aseguradora y la Tomadora Vitalia, bajo la

mención "Persona Protegida". Andrés C. M. reconoció como propia la firma obrante en este documento en su declaración sumarial y no se cuestiona que también estampó su firma Domingo M..

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 35 y 36, ordenación que se corresponde con la numeración de los certificados individuales firmados por los interesados y Personal Life, al corresponderse los números 35 y 36 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 Encarnación P., en el listado de beneficiarios ella aparezca con el nº 37, 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 Andrés C. y Domingo M. como beneficiarios de la ayuda concedida.

Aunque se firmaron dos pólizas distintas (581 y 582) con el mismo concepto de seguro de rentas de supervivencia, el coste de esta segunda póliza (582), en principio, ya estaba incluido en la primera póliza (581), 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 582; 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 Domingo M. C. como a Andrés C. M. 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. RS0027200000581/02, 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.

Ha quedado acreditado que la orden de inclusión de Andrés C. M. y Domingo M. C. fue dada por Francisco Javier Guerrero, quien ostentó el cargo de Director General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo desde 6 de octubre de 1999 hasta el 29 de abril de 2008. Así lo ha admitido el propio Andrés C.. Desprendiéndose de la documentación obrante en las actuaciones, como, éste, conocía su inclusión en la póliza de seguro suscrita a su favor y de Domingo M., sin intervención suya en la elección de la aseguradora, y que las primas del seguro iban a ser, injustificadamente, abonadas por la Junta de Andalucía, habiendo firmado el certificado individual del seguro de fecha 1 de agosto de 2003 junto con el representante de Vitalia y el de Personal Life, en el que se recogen las prestaciones que iba a recibir gratuitamente (folio 386 y 387, tomo 1).

Francisco Javier Guerrero Benítez, de cuya declaración se ha dado lectura en el acto del plenario, ante el Juzgado Instructor ratificó todas sus anteriores manifestaciones policiales, habiendo admitido, no sin reticencias, que fue la propia dirección general de la que él era su director, la que permitió que a los dos intrusos se les realizara una póliza independiente con cargo al erario público, siendo, según él, a instancias de Garrigues la decisión de realizar a favor de estas personas en póliza aparte, aunque el coste de la prima estaba incluida en el precio de la póliza de Acyco (folio 1706 y siguientes, Tomo IV).

Ha quedado acreditado que ambas personas son naturales de la Sierra Norte de Sevilla y que la única causa que determinó su inclusión en el anexo del Protocolo de Colaboración, que luego también fue utilizado en el Convenio con IFA, fue su relación personal con el Sr. Guerrero Benítez: Andrés C. era del mismo pueblo que Guerrero y Domingo M. había sido Alcalde de la localidad de San Nicolás del Puerto y que, cuando cesó en el cargo y estaba en paro, también solicitó ayuda al Sr. Guerrero.

En ninguno de estos dos casos medió solicitud formal de ayuda.

Tanto Encarnación P. como Gabriel B. 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 Encarnación P. 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.

Por su parte, Antonio José A., en el acto del juicio, sesión del día 23-11-20, tras ratificar expresamente la declaración prestada ante el Juzgado instructor en el particular relativo a la pieza de Acyco, admitió haber tenido relaciones con la Consejería de Empleo y haber intervenido en otras ayudas similares, resultando que el cien por cien del volumen de negocio de Vitalia en Sevilla era con la Junta.

En su declaración en juicio vino a reconocer que estuvo presente en la reunión que Guerrero mantuvo con Encarnación P. y Gabriel B., no recordando si en ella también se encontraba B.. Sobre este particular manifestó que se le llamó diciéndole que la suscripción de la póliza corría prisa por lo que interesaban que él interviniera ante Barcelona (lugar donde la compañía realizaba los estudios actuariales a través del departamento de planes), aunque niega que fuera quien llevara y entregara el estudio actuarial de Vitalia, hecho que tampoco reconoce

Jesús M^a B., lo que no resulta creíble, ya que ellos eran los que mantuvieron en todo momento la relación con la DGT, uno (B.) como consultor responsable de la oficina de Sevilla y otro (A.) como jefe de consultores.

Acerca del conocimiento que pudo tener sobre la existencia de "intrusos" en las pólizas de Acyco, sus manifestaciones han resultado poco claras pues, en primer lugar, mantuvo que tal extremo no se lo comunicó B., para luego admitir que le comentaría en un caso o dos sin que recordara de qué casos concretos se trataba, diciendo que suponía que si B. comentó su existencia (inclusión en la póliza de personas que no pertenecían a la empresa), sus jefes de Barcelona le dirían que ellos estaban para hacer pólizas y que si la empresa y la Junta estaban de acuerdo nada podían objetar ellos. (Folio 1.315).

En concreto, respecto a Andrés C., afirmó que Guerrero no le dio ninguna instrucción para que lo incluyera en la póliza de Acyco y que no conoce a este señor. Exhibida el anexo al reglamento general de prestaciones a las personas de la póliza 582 (folio 386, Tomo I), mantuvo que no lo conocía, ignorando las menciones que constan en la misma, pero que el sello que figura ahí pertenece a la oficina de Sevilla y que los costes actuariales se hacían en Barcelona, sin pasar por Madrid (aunque admitió ser un interlocutor adecuado para "meter prisa" al departamento de Barcelona, donde se realizaban los estudios actuariales necesarios para la articulación de la póliza).

Su alegada ignorancia sobre este particular, sin embargo, no nos resulta creíble.

Para llegar a esta conclusión disponemos del documento obrante al folio 3.836, Tomo XI. Se trata de un documento fechado el 20-06-2003 aportado por la representación procesal del acusado B. (folio 3820 y ss), con membrete del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y de la Tesorería General de la Seguridad Social relativo a la vida laboral de Domingo M. C., ya mencionado anteriormente, en el que, a mano, pueden observarse las siguientes palabras manuscritas: "*Jesús (refiriéndose a B.). Llámale al XXX para que venga a verte y después me llamas para que preparemos el estudio en función al desempleo, etc.*".

El acusado A. ha reconocido que fue él quien escribió este texto y que la letra le pertenece. Tras reconocer que puso esas menciones y que la letra es suya, ofreció una explicación poco convincente al relatar que era habitual que alguien les pidiera una póliza o un estudio y que le dijeran que lo querían igual al de un amigo u otra persona, ignorando quién había aportado la vida laboral de Domingo M. C., pero que él se la dio a una administrativa de Madrid ordenándole que se enviara a Sevilla.

En el documento obrante al folio anterior, también presentado por la representación procesal del acusado B., folio 3835, se trata de un correo de Jesús B. a Gema de fecha 15-07-2003 en el que le hace indicaciones sobre los cálculos que afectan al colectivo prejubilable, en atención a la edad de jubilación etc..., al final del mismo le realiza la indicación que subraya: "Para tipos y gastos comenta con el Sr. A."

Ambas comunicaciones, a juicio de este Tribunal, denotan la estrecha relación existente entre ellos y el papel que ambos acusados desempeñaron en la ejecución de la ayuda a Acyco, además, del

conocimiento de la existencia de intrusos y de la decisión de su inclusión, en principio, en la póliza de los prejubilados de dicha mercantil.

También del documento obrante al folio 439 de las actuaciones se desprende la intervención de A.. Se trata de un correo electrónico de Jesús S. a Gema R. de fecha 31 de julio de 2003 en el que, en relación al asunto de la "cotización Acyco", le da los datos sobre 36 empleados de Acyco, rentas temporales y vitalicias, refleja como fecha del primer pago el 1/8/2003 por importe de 210.354,24 € y se hace constar "*como te comenté ayer A. es urgente porque tienen que emitir hoy la póliza*".

La implicación de A., además, resulta patente si tomamos en consideración que es la persona de contacto por parte de Vitalia ante la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social, como implícitamente ha reconocido, siendo inverosímil que no tuviera conocimiento de que el tomador de la segunda póliza, nº 582, era Vitalia, cuando la misma estaba suscrita por la señora V. M. con la que el acusado tenía una vinculación directa.

La existencia de relaciones personales entre Guerrero y A. y que, éste, actuara de interlocutor con el director general de trabajo, se evidencia con el contenido del documento obrante al folio 380 del Tomo II del Anexo I. Se trata del Convenio que iba a suscribir el DGT con el IFA, manuscrito a mano por el propio Francisco Javier Guerrero, en el que al final hace constar "*A. envía entidad aseguradora y número de cuenta para el punto 2º de las estipulaciones*". Previamente en el folio 379 puede observarse un correo que A. remite a Guerrero en el que, en relación con 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.

Las relaciones existentes entre el grupo Vitalia, (de quien A. era el interlocutor ante la Administración) y la Junta de Andalucía se pone, igualmente, de manifiesto cuando la primera gira factura a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de fecha 30 de septiembre de 2003, por importe de 3.606,07€ más el IVA por el concepto de " ESTUDIOS ACTUARIALES PARA LA EMPRESA ACYCO", cuando dichos estudios debían estar incluidos en el coste de las propias pólizas de seguros, tal y como puede apreciarse en el folio 120 del Tomo I.

La explicación ofrecida por A. al documento obrante al folio 3.836 antes citado, resulta a todas luces insatisfactoria y poco creíble, además de ser desmentida por la versión ofrecida por Jesús B., resultando más lógico y razonable deducir que A. tuvo intervención en la inclusión de Domingo M. C. en la póliza de Acyco y que, además, tenía capacidad para impartir instrucciones al acusado Jesús B..

Según Jesús M^a B., Antonio A. ostentaba el cargo de director adjunto de Vitalia y coordinador de consultores, era su jefe directo, y por indicación del mismo se dirigió a Acyco, siendo su interlocutor en esta empresa Gabriel B..

Además, Antonio A., estuvo presente en la firma del protocolo que se remite al anexo 1, en el que aparecen el estudio actuarial de 36 beneficiarios de la póliza a suscribir aportado por Vitalia, entre los que se encontraban los dos intrusos, por lo que es claro su conocimiento de su indebida inclusión, así como era conocedor del compromiso de pago de los honorarios de Garrigues por parte del DGT, recibiendo instrucciones del mismo para posibilitar su abono a través de la póliza suscrita con la

Asociación 3 de julio, existiendo distintos correos en tal sentido que demuestran la intensa relación entre él y Francisco Javier Guerrero, así como con José Miguel C. R..

Jesús María B. R., no ratificó su declaración sumarial y en el acto del plenario, sesión del día 26-10-20, mantuvo que la compañía aseguradora que intervendría en el tema de Acyco la decidió su empresa (Vitalia) en connivencia con la Administración, ignorando él las condiciones, siendo captado este cliente desde Madrid, desde donde todo se hacía.

Si tomamos en consideración que el propio acusado (Sr. B.) 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 A.. 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 realizar los estudios actuariales, lo que da explicación al contenido del documento obrante al folio 3.836, Tomo XI antes examinado.

Resulta incontestable el papel desempeñado por el grupo Vitalia, siendo sus protagonistas, fundamentales en el desarrollo de estos hechos, los acusados B. y A., éste último presente en la suscripción del Protocolo de Colaboración, como viene a reconocer él mismo. B. fue el

receptor de la información que le remitió L. d. C. respecto a la inclusión en la ayuda de las dos personas ajenas a Acyco. Tanto Andrés C. como Domingo M. 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 dossiers 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 Andrés C. como a Domingo M., 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 A. y B.. 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 582, 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 A. en Madrid y la de Sevilla al frente de la cual se encontraba B. que justifica nuestra valoración.

En suma resulta acreditado que ambos acusados A. y B. 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.

OCTAVO.- La intervención de la firma Garrigues, en cuyo nombre intervino, fundamentalmente, José Miguel C. R. en relación a la obtención de la ayuda a Acyco y la inclusión de los intrusos, resulta, igualmente, acreditada en las actuaciones.

El acusado, Sr. C. R., lejos de limitarse exclusivamente a la tramitación del expediente de regulación de empleo de Acyco como ha venido manteniendo, asumió competencias mucho más amplias respecto a la subvención a dicha empresa, tales como la obtención del compromiso de ayuda otorgado por el DGT sin que se dictara resolución motivada y escrita alguna; la suscripción del Protocolo de Colaboración y su Anexo; la designación de las entidades mediadora y aseguradora; la constitución de la Asociación 3 de julio para que figurara como tomadora

de la póliza colectiva de los trabajadores afectados por el ERE, y la suscripción de una segunda póliza para los intrusos, como así lo afirma Francisco Javier Guerrero (folio 1076, tomo IV) y también en el otorgamiento de la subvención excepcional de 24 de marzo de 2010 para el pago de los honorarios de Garrigues.

Según Encarnación P. y Gabriel B., José Miguel C. se ofreció para la tramitación del ERE y la obtención de la ayuda de la DGT a costo cero, debido a su experiencia en casos similares, asegurando que sus honorarios serían, igualmente, abonados por la Junta de Andalucía, como también lo serían los demás gastos necesarios para obtener la subvención (estudio de viabilidad de Deloitte & Touche etc...) y por ello, al aceptarse su ofrecimiento, fue quien consiguió el compromiso del DGT y ayuda mediante el abono del 100% de la póliza de renta para los prejubilados sin necesidad de solicitud formal, ni de tramitación de expediente, ni del cumplimiento de las normas reguladoras de la subvención que se otorgaba, así como de la obligación contraída verbalmente del cobro de los honorarios de Garrigues a cargo de los fondos públicos, por ello la innecesaridad de firma de hoja de encargo o contrato de gestión o servicio por parte de Acyco.

El compromiso de pago de honorarios por parte del DGT viene acreditado por distintos correos unidos a la causa y a los que haremos referencia posteriormente, como, igualmente, a la forma de cobro de los mismos.

Sobre la ilegal decisión de otorgar la subvención a Acyco y la inclusión de dos personas ajenas a dicha mercantil, es explicativa la sentencia dictada por el TSJA con sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso

Administrativo de fecha 8 de octubre de 2013, contra la decisión de la Dirección General de Trabajo por la que declaraba acreditada la inclusión no regular en la percepción de rentas de la póliza 582 de seguros colectivos de rentas suscrita con Personal Life, posteriormente Fortia Vida, por Domingo M. C. como beneficiario y sus herederos, declarando la pérdida de cualquier derecho del interesado y sus causahabientes a la percepción de cualquier tipo de rentas que puedan haber sido devengadas en relación con la póliza, e iniciar los trámites para el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas. De esta resolución podemos extraer por su interés para el caso los siguientes fragmentos:

"...Habiéndose otorgado la ayuda al amparo del artículo 22.2 c) de la ley General de Subvenciones 38/2003, para sufragar las rentas de jubilación a los trabajadores de ACYCO afectados por el ERE 29/03, por lo que al no tener el recurrente relación laboral con la empresa, se habría incumplido las condiciones para percibir el beneficio económico, con la lógica consecuencia prevista en el art. 37.1.b) de la Ley 38/03, de reintegro de lo indebidamente percibido.

...Como hemos puesto de manifiesto en el fundamento de derecho tercero, de la prueba de oficio practicada por la Sala, resulta que no existe procedimiento alguno de otorgamiento de ayuda socio laboral, ni siquiera se ha dictado acto administrativo alguno de otorgamiento de la ayuda. No existe ni se ha otorgado ayuda alguna ni al recurrente ni a ACYCO, sino que lo único que se ha acreditado es la entrega totalmente irregular, y sin sustento legal alguno, por parte de la Junta de Andalucía de dinero público para pagar sin causa las primas en relación a las pólizas de seguros cuyos tomadores eran particulares.

Ante la inexistencia de un procedimiento previo válido carece de todo fundamento la afirmación efectuada por el letrado de la Junta de Andalucía, de la validez de las ayudas, toda vez que ha quedado acreditado no sólo la total ausencia de procedimiento de otorgamiento de ayuda, lo que determinaría la nulidad de la misma, sino la propia existencia de resolución de otorgamiento, no siendo posible presumir válido y eficaz un acto que no existe.

Igualmente, carecen de todo fundamento las resoluciones impugnadas, que por razones que se ignoran, se apoyan en la concesión de subvenciones que nunca han sido otorgadas. Debemos repetir, que lo único que existe son pagos de primas realizados sin justificación por la Administración Autonómica, y sorprende que las resoluciones traten de ocultar dicha realidad, tratando de dar una apariencia de legalidad a los pagos sin causa, en lugar de procurar la íntegra recuperación de las cantidades indebidamente pagadas.

Así mismo, toda vez que las cantidades irregularmente pagadas han sido destinadas al abono de la póliza, cuya obligación de pago correspondía al tomador del seguro, VITALIA, y por tanto, al verdadero beneficiario de los pagos efectuados con dinero público, por lo que el procedimiento debió dirigirse contra la ella.

Por último, debemos resaltar que respecto de VITALIA, empresa tomadora del seguro, no se ha acreditado relación alguna ni con el recurrente ni con ACYCO, y sin que se haya dado justificación alguna por la Administración de la razón por la que se aparece como tomadora de la póliza y que se vio beneficiada de los pagos públicos irregulares, supuestamente efectuados para ayudar y financiar un ERE de una tercera

empresa con la que no guarda relación alguna; eso sí, asegurándole el Director General de Trabajo y Seguridad Social el cobro de 109.620 euros por gastos de gestión del proceso de jubilaciones (folio 78 de la documental aportada en fase probatoria). Lo que pone de nuevo de manifiesto que los pagos no son una ayuda socio laboral a una empresa sino pagos de dinero público para beneficiar a determinadas personas, por motivos que se ignoran, y que no han sido explicados por la Administración Autonómica.”

Concluyendo la citada sentencia:

“-Que no existe solicitud, trámite, ni acuerdo de la Consejería de Empleo que conceda subvención alguna para el Seguro Colectivo de rentas.

-Que la falta de acto otorgando subvención implica la falta del presupuesto para el dictado de las resoluciones impugnadas, y por tanto, ninguna condición, obligación o compromiso puede ser declarada incumplida al amparo del artículo 37 de la Ley General de Subvenciones en el que se trata de amparar el presente procedimiento.

-Que las resoluciones impugnadas tratan de dar apariencia de legalidad a una conducta que ha supuesto el pago de cantidades sin causa para ello, y no tienen la finalidad de recobrar lo indebidamente abonado, pues no se reclama la devolución de las cantidades pagadas por las primas a ACYCO o VITALIA, S.A., como tomadora del seguro, y que son las que se ven favorecidas con el pago irregular de las pólizas, pues a ellas es a las que correspondía hacer frente al pago de las pólizas.
(lo subrayado es nuestro)

- Ante la existencia de las irregularidades en el pago de cantidades sin procedimiento ni acto que lo justifique, procede deducir testimonio al Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, por estar conociendo de hechos relacionados con el presente caso."

La intervención de Garrigues, en especial, a través de José Miguel C. R., en la obtención de la subvención enjuiciada, colaborando en la decisión de entrega totalmente irregular y sin sustento legal alguno, por parte de la Junta de Andalucía de dinero público para sufragar obligaciones de Acyco con sus trabajadores, resulta evidente y se desprende de las declaraciones antes indicadas y de la prueba documental existente en las actuaciones, resultando beneficiados, directa o indirectamente y en distinta medida, los acusados José Miguel C. R., Antonio A., Jesús M^a B., Encarnación P., Gabriel B. y Andrés C., así como Vitalia, Acyco y Garrigues.

Por otro lado, el conocimiento de José Miguel C. R. de la inclusión de los intrusos, viene acreditada por los emails antes citados, de José A. L. d. C. a instancias de él a Jesús B., 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).*

Del mismo modo, la relación de José Miguel C. con Vitalia, se desprende de los distintos correos existentes entre él y Antonio A., entre ellos, el también mencionado anteriormente entre Juan Antonio L. d. C. y

B., indicándole los datos de la Asociación 3 de julio, necesarios para la firma de la póliza de Acyco; asociación cuya intervención fue ideada por Garrigues para liberar a Acyco de cualquier responsabilidad futura con los trabajadores beneficiarios de la póliza.

Es llamativo que cuando B., dice, que se percató de la existencia de los intrusos en el Anexo del Protocolo se pone en contacto con Garrigues, lo que denota que su intervención es considerada relevante en dicho momento, cuando ya hacía finalizado la tramitación y aprobación del ERE (23 de julio de 2003), que según C. era en lo único que había intervenido.

Esta comunicación de B. R. con C. R., y de L. d. C. con B., nos indica la estrecha relación existente entre Garrigues y Acyco y entre Vitalia y Garrigues, así como que B. y Garrigues colaboraban aportando datos para la formalización de las pólizas, teniendo pleno conocimiento, tanto el despacho Garrigues como Vitalia (B. y A.) y Encarnación P. y B. de la inclusión de los dos "intrusos" en el anexo al que se remite el Protocolo de Colaboración.

NOVENO.- Obtención de una ayuda por importe de 243.600 € mediante la suscripción de una Adenda de fecha 8-7-2004 al Convenio de febrero de 2004.

El entonces Director General de Empleo, Francisco Javier Guerrero Benítez mediante la formalización de una Adenda fechada el 8 de julio de 2004 al Convenio inicial con IFA/IDEA de 10 de febrero de 2004, concedió una ayuda por importe de 243.600 €, de los que 33.600 € correspondía

al 16% de IVA, en pago de una factura de la "Asociación 3 de Julio", resultando que en realidad su objeto era abonar a siete socios de Acyco la cantidad de 210.000 €, que éstos podrían haber adelantado para el pago del primer plazo del importe de la prima de la póliza 581, relativa a las prejubilaciones de trabajadores de Acyco.

Ninguna documentación acredita que efectivamente se produjera este adelanto por parte de siete socios de Acyco (los acusados P. y B. 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 581, 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 B. declaró en el acto del juicio que en el año 2003, P., él y más trabajadores, compraron acciones laborales para lo cual él pidió un préstamo. En relación con la póliza 581 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 Francisco Javier Guerrero, tras contactar con Encarnación P., 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. A. niega rotundamente que se les pidiera que anticiparan 210.000 euros ni cantidad alguna, no siendo razonable que ello ocurriera.

Resulta extraño que Gabriel B., pese a no estar afectado por las prejubilaciones ni por el ERE. de Acyco, ni tampoco ser beneficiario de la póliza 581, decidiera contribuir al primer pago de la prima de la póliza, incluso pidiendo un préstamo, con las expectativas de obtener su devolución basadas únicamente en las promesas que Guerrero le habría hecho a Encarnación P..

Encarnación P. 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 C. 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 C.. 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).

Según Jesús María B., en agosto de 2003 los trabajadores no cobraron por lo que le llaman A. y el director de recursos humanos de Acyco, Gabriel B. R., resultando que la prima de la póliza no estaba abonada, debiéndose pagar 210.000 €, ante lo que A. 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 A., y él (B.) se lo traslada a la empresa, al sr. B., siendo abonada esta cantidad a Personal Life, la aseguradora.

Añade que ignoraba que ese dinero lo devolvería la Junta a quienes lo habían adelantado, no realizándose ningún documento en el que se recogiera el derecho de reversión de estas cantidades anticipadas y si lo hubo no tuvo conocimiento del mismo.

La situación de impago del primer plazo de la póliza se pone de manifiesto si tomamos en consideración que el mismo tenía fecha de vencimiento el 1 de agosto de 2003 y que el Convenio de Colaboración entre la Dirección General de Trabajo y el IFA, que articula el pago de la prima, no se suscribió hasta el 10 de febrero de 2004. El primer pago de este Convenio por importe de 150.000€ consta realizado el 26-04-2004 y el segundo, ascendente a 500.000€, data del 03/06/2004 (folios 445 y ss).

-Consta acreditado que Encarnación P. reclamó el importe de una factura ante la Junta de Andalucía. Con esta finalidad remitió al Director General Francisco Javier Guerrero una carta fechada el 20 de febrero de 2004, a la que acompañaba una factura falsa, aduciendo que se trataba del importe de 210.000 euros, más el IVA, emitida por la asociación de

extrabajadores de Acyco "Asociación 3 de Julio" que lo habían adelantado.

La carta de fecha 20 de febrero de 2004 que Encarnación remitió a Francisco Javier Guerrero puede observarse en el folio 160 del Tomo I de las actuaciones, también al folio 387 del Tomo II del Anexo I. En ella, en términos muy cordiales Encarnación P. M. se dirige a Francisco Javier Guerrero enviándole la factura emitida por la "Asociación 3 de julio" por el importe de la cantidad *"que adelantamos los siete socios de Acyco para la apertura de la póliza de las prejubilaciones"*.

La factura de fecha 27-01-2004 es la número 1/2004 (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".

Encarnación P. ha reconocido que remitió esa carta a Guerrero adjuntando la factura número 1/2004 de fecha 27-01-2004 que le entregó C. R. (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 B. 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.

Gabriel B., 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 C. R. (folio 392 Tomo II, Anexo I) al que le adjunta la citada factura, (folio 388 del mismo Tomo, folio 392 de las actuaciones).

Pese a que en la factura se hizo constar que fue emitida por la "Asociación 3 de Julio" para su promoción, ello ha resultado no ser cierto y así lo ha asegurado en el juicio el testigo Antonio A., presidente de la citada asociación.

A este respecto Antonio A. 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 B. 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 B. 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 B. para que se destinara a la Agencia Tributaria los 33.600 € que él creía que se correspondían con el IVA, mostrando B. 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 Gabriel B. 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.

En cualquier caso, con independencia de la autoría de la factura, no puede pasarse por alto que en este apartado no se formula acusación por la posible falsificación de la misma, y el reproche penal viene referido a su utilización con la finalidad de obtener una decisión administrativa injusta que posibilitara el acceso a fondos públicos de manera indebida.

Por tanto, a la vista de los términos en que se ha concretado la acusación en este extremo, más que conocer a quien puede atribuirse la autoría del documento, lo relevante es el uso del documento con el propósito de conseguir la ilícita finalidad antes indicada, lo que implica el conocimiento de la mendacidad de la factura, su utilización para la indebida obtención de fondos del erario público y la colaboración para conseguirlo.

-En estos hechos además de Encarnación P. y Gabriel B., ha tenido una activa intervención el acusado José Miguel C. R..

Respecto del abono de la suma, supuestamente, anticipada, José Miguel C. manifestó que B. y P. 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 Guerrero, 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 José Miguel C. tuvo en estos hechos resulta acreditada con el email remitido a Francisco J. Guerrero requiriéndole al el abono de la factura, quedando acreditado su conocimiento y la utilización de la misma, instando a Guerrero 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 de 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 José M. C. R. dirige al Director General Francisco J. Guerrero, 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 C. R. se dirige a Guerrero y literalmente le dice: *"En relación con la póliza de prejubilaciones de ACYCO, me confirman tanto Encarnación P. como A. (VITALIA) que hay una orden de pago de 500.000 euros."* A continuación le dice que *"A. 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". C. le ruega a Guerrero 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 José Miguel C. en su declaración en juicio ha admitido haber remitido este mail a Guerrero 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 A. 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 Encarnación P. y a Gabriel B..

Sobre el particular ha declarado A. que Francisco Javier Guerrero 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 Guerrero o C., 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 Vaqué 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 P., B., C. y A., finalmente Fco. J. Guerrero decidió suscribir una Adenda de fecha 8-07-2004.

Esta Adenda al Convenio de Colaboración inicial celebrado con el IFA (páginas 121 y 122 del CD, obrante al folio 2.856 del Tomo VIII y folio 396 del Tomo II Anexo I), fue suscrita por Francisco Javier Guerrero, por la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo, y por Miguel Serrano Aguilar como Director General del Instituto de Fomento de Andalucía.

En la estipulación primera se hace referencia al Convenio de 10 de febrero de 2004 para la concesión de ayudas a la prejubilación a trabajadores de Acyco, siendo la entidad destinataria de los pagos de dichas ayudas Personal Life, de la que se detalla su cuenta corriente.

En la estipulación segunda, se pone de manifiesto que la Asociación 3 de julio, constituida por los extrabajadores de ACYCO, anticipó a la póliza la cantidad de 210.000 euros con derecho a reversión.

En el expositivo tercero se expresa que la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social autoriza al Instituto de Fomento de Andalucía al pago de la citada cantidad a la Asociación 3 de Julio, detallándose su domicilio y el número de cuenta corriente.

Es decir, falsamente se decía en este documento que había sido la Asociación 3 de julio la que había efectuado el anticipo para iniciar los pagos de la póliza "con derecho a reversión la cantidad de 210.000 € mediante préstamo bancario", y se usa como justificación documental la factura remitida por Encarnación P., que no había sido elaborada por la Asociación, reclamando a la Junta de Andalucía por unas "ayudas para la promoción de la asociación" por importe de 210.000 euros más IVA, que

no se habían prestado. No existió tal promoción, ni actividad que devengara IVA.

La Adenda, fue suscrita por el acusado Miguel Ángel Serrano Aguilar en nombre del IFA, que en virtud de la Disposición Final 2ª de la Ley 3/2004 de 28 de diciembre pasó a llamarse Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (Agencia IDEA).

Miguel Ángel Serrano Aguilar, que admitió haber firmado la citada Adenda, fue nombrado por el Consejero de Innovación Empresa y Ciencia, Francisco Vallejo, para el cargo de director general de la Agencia IDEA (antes IFA, adscrita a la Consejería de Empleo y Desarrollo) el 18-06-2004, y lo desempeñó hasta el 14-05-2008, por lo que en la fecha en que se firmó el Convenio de Colaboración, en febrero de ese año, él no había llegado aún a la misma.

La firma de esta Adenda, según manifiesta Miguel Ángel Serrano Aguilar, la consideró como de puro trámite, al tener informe favorable de la Asesoría Jurídica y el Visto Bueno del Secretario General, por lo que la estampó sin leer el Convenio, entendiéndolo que quien tenía que velar por la legalidad era la Secretaría General Técnica y confiaba en el Departamento de Finanzas.

Ciertamente, tanto la emisión de la factura por un concepto falso en la que se incluía un supuesto IVA devengado que no respondía a la realidad, así como el pretendido anticipo del primer plazo de la prima de las pólizas de seguros 581 y 582, así como el motivo de la suscripción de la Adenda y el efectivo pago de la factura, no resulta aclarada en las actuaciones. Antonio A. niega rotundamente la existencia de tal anticipo,

y no es explicable que, de ser cierto el mismo, se tenga que elaborar una factura falsa y pagar un IVA que carece de soporte legal y cuyo ingreso en Hacienda fue debido, únicamente, a la decisión de Antonio A. de no entregar su importe a Gabriel B., obligando a destinarlo al pago del impuesto.

A esta falta de explicación, ha colaborado la falta de formalidad y de rigor en la tramitación y diligenciado del expediente de pago de dicho anticipo.

Así, nos encontramos con la siguiente cronología documental:

1º.- Una petición de abono de 500.000 euros, de los 256.400 se debían transferir a Personal Life, y 243.600 a la Asociación 3 de julio, firmada el **7 de julio de 2004** por el director de finanzas del IFA, Pablo Millán Márquez, para pago de la ayuda a Acyco.

2º.- Un email del DGT al IFA (A/A de Juan Vela) de fecha **8 de julio de 2004**, en el que se indica el destino que debe darse a los 500.000 euros cuyo pago se ordenaba, lo que nos permite inferir que la orden de pago efectuada el día anterior se debió a una comunicación verbal con la DGT.

3º.- El mismo día **8 de julio de 2004** se firma la Adenda al Convenio de Colaboración, en la que sólo se habla del abono de 210.000 euros. Dicho documento fue confeccionado conforme al manuscrito enviado por el DGT

4º.- El **13 de julio de 2004**, Juan Vela Quiroga, jefe del departamento de administración del IFA, le remite a Palma M. (folio 400, tomo 2 del Anexo I), por triplicado la Adenda al Convenio suscrito con fecha 10 de febrero de 2004, para que la misma "sea sometida a la consideración del Secretario General", indicándole que *"es necesario hacer constar que esta adenda no supone ampliación del gasto alguno, sino únicamente la autorización de pago de parte de la cantidad original del Convenio a la Asociación de extrabajadores 3 de julio, por lo que no existe ningún obstáculo para su firma desde el punto de vista financiero"*

5º.- El **19 de julio de 2004**, José Antonio Á., subdirector de Asesoría Jurídica se dirige al Secretario General, Miguel L. B., indicando que *"el objeto de la adenda es la materialización del abono de 210.000 € que adelantó la asociación de extrabajadores de Acyco "3 de julio" a la póliza de prejubilación suscrita, que fue objeto de ayuda por parte de la DGT con cargo al Convenio de Colaboración de 10 de febrero de 2004. De acuerdo con la información facilitada por la Dirección de Finanzas, hasta la fecha se ha pagado con cargo a este convenio, 650.000 € y está pendiente el pago de 2.301.000 €.", a lo que se añade que dicha Adenda ha sido informada positivamente tanto por la Dirección de Finanzas por no suponer ampliación del gasto comprometido en el Convenio de 10/02/2004 como por la Asesoría Jurídica"* (folio 401, tomo 2, anexo 1).

6º.- El día **21 de julio de 2004**, el Secretario General, Miguel L. B., remite al DGT dos copias de la Adenda firmadas por el Director General del IFA.

7º.- El **22 de julio de 2004** se produce la transferencia para el pago de 243.000 euros a la cuenta de la Asociación 3 de julio y

8º.- El **23 de julio** de 2004 se comunica por la DGT a Acyco dicho abono (A/A de Gabriel B.) (folio 404, tomo 2, anexo 1)

Todo indica que la Adenda se suscribió para intentar revestir de algún tipo de formalidad la orden de pago de 7 de julio de 2004, emitida antes de su suscripción por importe de 243.600 €, y que se trató de una ayuda concedida de manera anómala y con total premura. Un cúmulo de irregularidades apunta en esta dirección:

Ya hemos mencionado las incertidumbres existentes en torno a la existencia del propio adelanto, ¿cómo se hizo efectivo?, ¿en qué fecha?, ¿a quién se transfirieron los 210.000 €?, o ¿de dónde proviene esa cantidad cuando la cuantía del primer plazo consignado en la póliza era de 204.344,12 €?.

La factura número 1/2004 fechada el 27-01-2004, que fue utilizada como instrumento para la obtención de una resolución que posibilitó el acceso a fondos públicos de manera indebida, era falsa como hemos expuesto anteriormente. Factura que fue adjuntada tanto a una carta remitida por Encarnación P. a Francisco J. Guerrero en febrero del 2004, como al correo de 5 de julio de 2004, que C. R. dirige a Guerrero urgiéndole al abono del adelanto, y asimismo al fax de esa misma fecha, 5 de julio de 2004, en el que B. le remite la factura a C..

Todo apunta a que la remisión del correo electrónico de 5 de julio que C. dirige a Guerrero 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, Pablo

Millán, 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, Serrano Aguilar.

Una Adenda significa "lo que ha de añadirse", o dicho de otro modo, un apéndice, un añadido del principal después de la terminación de algo. Pues bien, a la vista de lo acontecido, la única conclusión posible es que se trataba de una ayuda diferente a la que se refería el Convenio de febrero de 2004, no coincidiendo la identidad de sus destinatarios reales.

Este Tribunal, no obstante las irregularidades apreciadas, no estima acreditado con la certeza que una sentencia penal condenatoria exige, que el acusado Serrano Aguilar se confabulara con Francisco Javier Guerrero al objeto de desviar 243.600 € del erario público a fines particulares carentes de justificación, ni que conociera la existencia de la factura de la Asociación 3 de julio.

Ciertamente es deseable que quien ostenta tan alto cargo en una entidad pública de la importancia y relevancia del IFA, después Agencia IDEA, entre cuyos objetivos se encuentran el favorecimiento del desarrollo económico de Andalucía, la mejora de su estructura productiva, el óptimo aprovechamiento y potenciación de los recursos económico andaluces que conlleven la consecución de empleo (Exposición de Motivos y artículo 3º, entre otros, de la ley 3/1987 de 13 de abril de creación del Instituto de Fomento de Andalucía, luego Agencia Idea), hiciera gala de un exquisito celo en el manejo de los (cuantiosos) fondos públicos que le eran encomendados para tan encomiables fines. También la experiencia y el desempeño de importantes cargos anteriores por parte del acusado coadyuvan al mantenimiento de esta expectativa.

A pesar de ello, las exigencias que impone el principio de responsabilidad personal, nos hacen albergar dudas sobre la participación consciente y dolosa en estos hechos de Miguel Ángel Serrano Aguilar, resultando adecuado que, siquiera de manera sucinta, efectuemos una sintética recapitulación de los motivos que nos conducen a esta conclusión.

La suscripción de la Adenda debe temporalmente enmarcarse en un periodo de transición del IFA (entonces adscrito a la Consejería de Empleo) a la Agencia Idea (que pasó a la Consejería de Innovación), así como con el hecho de que Miguel Ángel Serrano Aguilar hubiera tomado posesión de su cargo en fechas muy próximas a la suscripción de la Adenda, lo que supuso su cambio de residencia de Granada a Sevilla, tal y como declaró en el acto del juicio.

Dentro del cúmulo de irregularidades que rodearon la suscripción de la Adenda resulta pertinente poner especial énfasis en el hecho de que se diera una orden de pago de 243.600€ con anterioridad a la propia fecha que consta en la Adenda, y que ésta se refiera a una orden de pago de 210.000 euros, que de no encontrarnos con la presencia de la factura falsa y fuera real el anticipo, no hubiera supuesto ampliación del gasto comprometido en el Convenio de 10/02/2004.

Miguel Ángel Serrano Aguilar ha mantenido que, cuando firmó la Adenda ya disponía del informe favorable de la asesoría jurídica, del departamento de finanzas y del visto bueno del Secretario General poniéndoselo, personalmente, delante a la firma, así como que expresamente se hacía constar que dicha Adenda no suponía ampliación del gasto comprometido, sin que nadie le pidiera permiso para pagar 243.600 € en lugar de los 210.000 €, ignorando en qué situación se encontraba el abono de la póliza de Acyco.

Esta versión resulta especialmente ratificada por la testifical de Juan Vela Quiroga que ostentaba el cargo de jefe de administración y finanzas y luego director financiero de IFA-IDEA, al reconocer que fue él quien puso la frase "*no supone autorización de pago alguno...*" y que cuando Miguel Ángel Serrano Aguilar firmó la Adenda, ya disponía de los informes favorables de finanzas, asesoría jurídica y el visto bueno del Sr. L. B.. Igualmente manifiesta que la orden de pago fue remitida directamente a él por la DGT, haciéndose constar que la cantidad a pagar eran 243.600 y que como quiera que a este le llamó la atención que la Asociación beneficiaria no aparecía en el Convenio, pidió la Adenda.

Quizá la explicación a la anomalía consistente en la fecha de la orden de pago, anterior a la de la suscripción de la propia Adenda, pudiéramos encontrarla en una práctica preexistente y unas relaciones fluidas que pudieran justificar la existencia de comunicaciones verbales entre Francisco Javier Guerrero y Pablo Millán, sin que haya quedado acreditado que de estas previas comunicaciones y órdenes de pago tuviera conocimiento Miguel Ángel Serrano, lo que excluiría su responsabilidad, pudiendo haberse producido, igualmente, una dación de cuenta defectuosa. Tesis esta que resulta avalada por las respuestas claramente elusivas que ofreció en el plenario Pablo Millán y la propia existencia de una orden previa de abono de 500.000 € que luego fue anulada para desglosar el pago a Personal Life y a la Asociación 3 de julio. Lo que concuerda con la información aportada por la UCO en su informe, luego ratificado en el plenario prácticamente en su integridad, respecto a que tras realizar estudios e informes de muchas ayudas pudieron constatar que la fecha que se hacía constar en los convenios entre la DGT y el IFA-IDEA, no coincidía con la suscripción del documento, lo que podría hacerse extensible también a la Adenda. Todo apunta a que la firma del documento, convenio o Adenda, se produciría de forma sucesiva y en distintos tiempos entre las partes que lo suscribían (IFA-IDEA y la DGT).

Ello pudo efectivamente acontecer así. Acerca de estas discordancias en cuanto a las fechas, observa el informe de la UCO (folio 46) que la firma de la Adenda debió ser posterior al 19 de julio de 2004, tras los informes favorables del gabinete jurídico, dirección de finanzas y Secretaria General, aunque se hubiera fechado el 8 de julio. Como hemos indicado anteriormente, el Convenio de Colaboración de la DGT y el IFA

también debió firmarse en fecha posterior, por lo que parece que esa posibilidad de antedatación era factible.

Corroborar lo anterior que la orden de pago, aunque firmada el 7 de julio de 2004, no fue remitida a la entidad bancaria hasta el 22 de julio de 2004. Igualmente, la Adenda fue devuelta a la DGT por el IFA, ya firmada por el Director General Sr. Serrano Aguilar, el día 21 de julio de 2004 (folio 402 del Anexo I) y así lo comunica el Secretario General Técnico Miguel L. B. a la DGT. Asimismo la DGT remitió fax a Acyco el 23 de julio de 2004, a la atención de Gabriel B., en el que le adjunta copia de la orden de pago de 7 de julio de 2004.

A tenor del contenido de la prueba anticipada, folios 2708 y ss, Tomo VI, del Rollo de Sala, el pago a la "Asociación 3 de Julio" se produjo el día 22-07-2004 y según la cartilla, cuyo original fue aportado en el acto del juicio por el testigo Antonio A., presidente de la asociación, el ingreso se produjo el día 29 de julio (folios 2482 y siguientes del Rollo de Sala).

Añade Miguel Ángel Serrano que "nada sabía de Acyco, ningún contrato tuvo con esta empresa, no le llegaron petición de deudas de la Asociación 3 de Julio, no sabía si había impagos de la póliza, ignorando si se había pagado o si se debía algo de la póliza. Además, la documentación del expediente de concesión de la subvención a Acyco la tenía Guerrero como se hace constar en el Convenio de Colaboración y la Adenda venía firmada por el Director General de Trabajo. Igualmente, afirma que no conoció entonces la diferencia de las dos cantidades, figurando en la Adenda que se trataba de 210.000 €, cuando se abonaron efectivamente 243.000 € (folio 399 del Anexo I, Tomo II), que

nadie le pidió permiso para pagar en lugar de los 210.000 € los 243.000 €. Bastante tiempo después, mientras esperaba para declarar en el Juzgado en el año 2016, Juan Vela le dijo que la diferencia sería el IVA. Lo normal, añade, era que las cantidades pagadas por IDEA (IFA) fueran iguales a las fijadas en el Convenio, sin que supiera de ningún caso en que así no fuera, salvo que se hubiera incurrido en algún error material”.

En consecuencia, debemos dictar sentencia absolutoria respecto de dicho acusado.

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, Francisco Javier Guerrero Benítez, 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 Encarnación P. y Gabriel B., 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 Francisco Javier Guerrero Benítez otorgó esta ayuda con la colaboración de los acusados Encarnación P. M., José Miguel C. R. y Gabriel B. R., en los términos en que se han expuesto anteriormente. Además, Gabriel B. R. tuvo una especial intervención en el cobro del anticipo, contactando con Antonio A. 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 Antonio A. que impidió que con ese dinero se debía liquidar

el IVA repercutido e ingresarlo en la Hacienda Pública al enseñarle B. 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 22-07-2004 (folios 2.708 y ss, Tomo VI, del Rollo de Sala). Según la propia cartilla entregada por Antonio A. 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.

No encontramos, sin embargo, pruebas de la implicación y participación del acusado Antonio Fernández García en estos hechos.

Ninguna prueba se ha articulado en el acto del juicio, sede donde se practican las pruebas que puedan ser entendidas como tales, de que el acusado Fernández García tuviera conocimiento de los hechos nucleares que afectaron a la formalización de la Adenda y al pago de los 243.600 €, que se obtuvieron merced a la ayuda concedida. Tampoco de que Francisco Javier Guerrero o cualquier persona de su entorno le comunicara o pusiera en conocimiento las circunstancias que rodearon la suscripción de esta Adenda, así como el pago por el IFA de la mencionada cantidad.

Tampoco estimamos la participación de Antonio A. en el delito de prevaricación y malversación examinado en este punto (malversación en

cuanto a los 33.600 euros que excedía del anticipo), 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 el IFA/IDEA, siendo su única actuación la referida a la consulta que hizo a V. sobre las posibilidades de devolución de los 210.000 € adelantados.

DECIMO.- Abono de la prima de la póliza 581/02 por el sistema de "pagos cruzados".

Ha quedado acreditado que Francisco Javier Guerrero mostró su conformidad para que se suscribiera una nueva póliza para 3 trabajadores de Acyco, entre los que se encontraba Encarnación P. M., comprometiéndose a abonar 24.542, 21 euros el 01 de febrero de 2008 (folios 389 y 391 y ss.), dando lugar a la póliza número RS0027300000581/02 (en lo sucesivo póliza 581/02), en la que figuraba como tomadora la Asociación 3 de julio, como aseguradora Fortia Vida que absolvió a Personal Life y la mediadora "Holding Europeo Tinder S.L.", ambas entidades pertenecientes al grupo Vitalia.

En el mes de enero de 2007 Antonio A. solicitó a Francisco Javier Guerrero la ampliación de la póliza respecto de las cantidades a percibir por tres asegurados de la póliza 581. Francisco Javier Guerrero, 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 Elena V. L. se hacía constar que había existido un error en la fecha de nacimiento facilitado por Acyco; en lo que concierne a Juan D. H. se contiene la cobertura de la renta complementaria hasta los 65 años de edad de 150 euros. Finalmente, en cuanto a Encarnación P. M., 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 Encarnación P. en este suplemento, a sumar a lo que ya obtenía en virtud de la póliza 581, 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.

Para realizar estos ajustes en las prestaciones se suscribió la póliza 581/2, figurando como tomadora la "Asociación 3 de Julio", por un importe total de prima a plazos de 42.030,01 euros, figurando como

mediadora "Holding Europeo Tindex" S.L., sin que Antonio A. hubiera intervenido ni tuviera conocimiento en su suscripción.

El día 7 de abril de 2008, Francisco Javier Guerrero 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 Francisco Javier Guerrero 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 XI). 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, Antonio A. 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 Irson 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 XI de la causa), por indicación de Antonio A., 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.

Esta irregular forma de hacer frente a las cantidades abonadas para pago de la prima de las pólizas ha venido denominándose de "pago cruzados". Como dictamina la pericial efectuada por la IGAE, ratificada en el acto del juicio, "mediante el uso del irregular sistema denominado "pagos cruzados", 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 una empresa diferente, e incluso de otra aseguradora distinta".

Sobre este particular, en el acto del juicio añadieron estos expertos, que con el sistema de pagos cruzados se estaban creando dos tipos de obligaciones: la original y la creada con la nueva póliza, sin que existiera registro contable ni expediente, de tal forma que la única manera de localizar la existencia de un pago cruzado era a través del escrito concreto del DGT a la aseguradora diciéndole que desviara parte de los fondos de un lugar a otro, con la importantísima consecuencia de que el IFA no sabía que ese dinero había ido a parar a otra póliza, es decir, que iba destinado a un fin distinto del previsto.

En este caso concreto, prosigue este dictamen:

“Por escrito de 7 de abril de 2008, el DGTSS ordena a la compañía aseguradora la aplicación de 24.542,21 euros, que fueron enviados para la cobertura de otras pólizas distintas, al pago de una póliza de ACYCO SAL, mediante el uso del irregular sistema denominado “pagos cruzados” antes descrito.

El uso de esta irregular figura provoca, 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 la realización de este informe pericial.

Tampoco en este caso medió solicitud de ayuda de fondos públicos con los que hacer frente a la prima de esta póliza, no se siguió procedimiento o expediente administrativo alguno, no hubo resolución de concesión, no se supeditó al cumplimiento de requisito alguno y, finalmente, los fondos públicos fueron desviados para un fin distinto al que tenían previsto, haciéndose efectivos mediante el sistema de "pagos cruzados", sin reflejo alguno en ningún tipo de registro ni en la entidad pagadora IFA/IDEA.

En suma el aumento de la prima de las pólizas respecto de los 3 asegurados hubiera necesitado la tramitación de un expediente administrativo, pero no lo hubo como tampoco lo hubo en el primer expediente y el pago se hizo mediante el sistema de pagos cruzados cuyas anómalas consecuencias ya se han expuesto anteriormente.

Todo ello con independencia del indebido incremento de las percepciones percibidas por Encarnación P. M., pues al "complemento" que suponía la presente ampliación de la póliza 581/2, habría que añadir las percepciones en virtud de la póliza 581, no obstante mantener de forma remunerada su vinculación con Acyco, ejerciendo de Presidenta del Consejo de Administración hasta el año 2011.

En este caso, consideramos responsables en concepto de cooperador necesario del delito de prevaricación y malversación de caudales públicos a Antonio A. y Encarnación P. M., debiendo subsumirse dichos delitos en la continuidad delictiva apreciada en ambos acusados.

DÉCIMO PRIMERO.- Concesión de la subvención excepcional a ACYCO por resolución del DGT, Juan Márquez Contreras, el 24 de marzo de 2009 por importe de 109.620 euros.

Los hechos relativos a la subvención excepcional rotulada, integran un delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal, un delito de malversación de caudales públicos tipificado en el art. 432.1 y 2 del Código Penal y un delito de falsedad en documento oficial previsto y penado en el art. 390.1,4º del Código Penal.

Nos hallamos ante un concurso de delitos, ya que, como señala la sentencia del TS de 3 de septiembre de 2014, se integran por acciones diferentes que atentan a bienes jurídicos distintos y autónomos, y ninguno de los tres tipos penales aplicados extiende su protección al del otro, por lo que cuando además de la apropiación indebida de los caudales públicos –pues en definitiva el delito de malversación es un delito de apropiación indebida cualificado por la condición pública de los

caudales distraídos –, concurre una falsedad documental, deben penarse ambos delitos, bien que de acuerdo con las normas del concurso ideal, y si a ello se añade una resolución administrativa prevaricadora existirá – como es el caso actual – un concurso ideal de tres delitos.

El bien jurídico atacado por el delito de malversación son los caudales públicos que están encomendados a las autoridades y funcionarios públicos para atender a necesidades del bien común.

El bien jurídico atacado por el delito de falsedad documental es la autenticidad documental. Toda falsedad supone una mutación de la verdad cometida por alguno de los procedimientos previstos en la Ley, máxime cuando tales falsedades tienen relevancia en el tráfico jurídico por tener una trascendencia extramuros al cerrado ámbito en el que se producen.

El bien jurídico atacado por el delito de prevaricación son aquellas conductas del funcionario público o autoridad que no adecua su actividad a los parámetros de legalidad, objetividad e imparcialidad, en definitiva supone una actividad arbitraria y un abuso de poder que supone la negación de los principios que deben regir la función pública.

De los citados delitos son responsables en concepto de autores los acusados Juan Márquez Contreras y Antonio Fernández García 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 de Garrigues por sus gestiones en la tramitación del ERE y el otorgamiento de la ayuda socio-laboral a dicha

sociedad en 2003, materializada en el pago por la administración pública de las primas de seguros 581, 582 y 581.2.

Igualmente, debemos declarar responsables de dichos delitos en concepto de cooperadores necesarios a Encarnación P. M., Gabriel B. R. y José Miguel C. R., debiendo recordar respecto a ellos que, como señala la reciente sentencia del TS de 16 de julio de 2021, *“que es doctrina de esta Sala, que el sujeto que no es funcionario público (extraneus) puede ser partícipe en un delito de prevaricación cometida por funcionario (intraneus) ya sea en la condición de inductor o de cooperador necesario (SSTS 501/2000, de 21-3; 76/2002, de 25-1; 627/2006, de 8-6; 222/2010, de 4-3; 303/2013, de 26-3; y 773/2014, de 28 de octubre).*

El reproche penal a título de partícipe en el hecho del autor requiere que quien así actúa no sólo persiga la realización del hecho delictivo, sino que, además, debe tener intención de participar, en el sentido de colaborar en el hecho delictivo de otro. El partícipe ha de actuar dolosamente, por lo que su aportación al delito requiere que sea realizada con conocimiento de que su aportación presta la ayuda necesaria al autor para la realización del hecho delictivo. Es por ello que doctrinalmente se ha considerado la exigencia de un "doble dolo" en el partícipe, dirigido a favorecer el hecho y que va dirigida a ayudar a la realización del hecho por el autor”.

Conforme a la citada doctrina, procede considerar como tales partícipes a los acusados antes señalados, al existir un acuerdo entre ellos para que se abonaran, a cargo del erario público, unos honorarios por asesoramiento profesional no contratado por la administración pública, con el que se vino a favorecer una actuación que hemos

declarado delictiva, simulando la decisión de su abono con una falsa ayuda socio-laboral para evitar su descubrimiento. Decisión que se realizó en favor de los citados "estraneus", sin conocimiento del consejo de administración de Acyco y de los trabajadores supuestamente beneficiarios, teniendo, finalmente, el abono de la citada ayuda el destino realmente pretendido, el pago de la factura de Garrigues.

La existencia del compromiso de pago de la factura de Garrigues por parte del DGT, Francisco Javier Guerrero, resulta del contenido de diversos documentos, comunicaciones y correos unidos a las actuaciones que aluden al mismo, e intentan canalizar la forma de su abono, Así podemos señalar los siguientes:

1-Fax de fecha 21 de octubre de 2003, del Letrado de Garrigues José A. L. C. a Jesús B., en el que le dice que, según lo acordado el día anterior, le acompañaba el protocolo y el anexo con las primas individuales, con indicación de los dos trabajadores que no pertenecían a Acyco. Y añade "*te señalo los honorarios que van con cargo a la póliza: 94.500 euros (Garrigues) 30.000 euros (Deloitte & Touche por el informe técnico)*".

2- En la propuestas de servicios profesionales realizada por Garrigues a Acyco (folios 3.082 y ss, tomo 9), que no consta que fuera aceptada por representante alguno de dicha mercantil, se hace constar que los honorarios profesionales ascenderían a 94.500 € más IVA, y se facturarían de la siguiente forma: El 40%, transcurrido el primer mes de la aceptación de la propuesta, otro 40% al momento de alcanzarse el Acuerdo Laboral con la representación de los trabajadores y, el restante 20%, a la fecha en que tuviera lugar la desvinculación de los

trabajadores, todo lo cual se realizaría mediante presentación de la factura correspondiente.

En la demanda presentada por Garrigues contra Acyco para el cobro de sus honorarios, se hacía constar que el asesoramiento, cuyo impago motivaba la misma, fue objeto de siete meses de trabajo, los cuales ya habían finalizado el día 29 de enero de 2004, fecha de emisión de la factura (folio 3.063 Tomo IX de la causa), adjuntándose la factura "F 41.308" (folio 3.091) con fecha de vencimiento de 29/04/2004, por importe de 109.620 euros IVA incluido.

3- Documento manuscrito obrante al folio 1329, Tomo V del Anexo I (también al folio 463, página del PDF 83), en el que José Miguel C. R., de su puño y letra, hace constar a Francisco Javier Guerrero que la forma de pago de la factura de Deloitte por el informe técnico de viabilidad que ésta habría realizado, debería de ser igual ("equivalente") a la suya (Garrigues).

4- Con la demanda civil presentada por Garrigues el 28 de octubre de 2008, se acompaña un escrito de fecha 29 de enero de 2004 (folios 3090 y 3091 del Tomo IX), por el que C. R., supuestamente, reclama a Acyco el pago de la factura nº F-41308; la factura tiene un importe total de 109.620 euros por el concepto "Honorarios profesionales por asesoramiento jurídico-laboral en el análisis, diseño y desarrollo del proceso de prejubilaciones desarrollado a lo largo del año 2003". Escrito y factura que carece de firma y sello del despacho que la emite, ni consta fecha de envío y recepción por Acyco.

5- Correo de fecha 11 de enero de 2005, en el que Francisco Javier Guerrero, como Director General de Trabajo, le dirige al acusado Antonio A. (folio 407, Tomo II, Anexo I) en la que le dice: *“En próximas fechas se procederá a realizar un nuevo ingreso a favor de póliza de prejubilaciones de ACEITUNAS Y CONSERVAS, S.A.L. (ACYCO S.A.L.). En este sentido, mediante la presente, le indicamos que, de dicho importe global, deben Udes. aplicar con carácter prioritario y preferente la suma de CIENTO NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTE EUROS (109.620 Euros) al pago de los gastos relativos a la gestión de dicho proceso de jubilaciones en la cuenta que se indica en la factura anexa, nº F-41308”.*

6- En el correo de 28 de diciembre de 2007 (folios 461 y 462 Tomo II del Anexo I), consta como C. R. se dirige a Antonio A., 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 Gabriel B. 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”.* En respuesta a dicho email, por correo electrónico de fecha 4 de enero de 2008, obrante en los mismos folios, A. se dirige a C. comentándole que *“hacía mucho tiempo que Guerrero le había dicho tanto a ellos, Vitalia, como a Garrigues que estaba dispuesto a incluir sus honorarios en una póliza de la que se haría cargo la Junta Andalucía y dado que, en su día no contestasteis a ese ofrecimiento...te agradecería contactases de nuevo con Javier Guerrero, a fin de que nos volviese a dar instrucciones en el mismo sentido. Para ir adelantando plazos, te ruego que me envíes qué persona sería la beneficiaria de dicha póliza, así como su D.N.I., domicilio y cuenta corriente de abono”.* Si vuestro deseo es percibir los honorarios como Garrigues a cambio de una factura,

deberíais dirigiros a la Dirección General de Trabajo a fin de que acordéis con ellos la forma de proceder”.

7- Con anterioridad, Francisco Javier Guerrero había mandado a C. R. un escrito de fecha 28 de septiembre de 2006 en el que reflejaba que tanto la póliza de Acyco como su minuta estaban abonadas (folio 500 de la pieza de Acyco, Tomo I), documento que literalmente dice Francisco J. Guerrero a C.:

“...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”.

8.-El 5 de febrero de 2008 (folio 3093), Gabriel B. remite un correo a José Miguel C. en el que dice *“En relación con la factura F41308 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".

Conviene recordar que Francisco Javier Guerrero cesó como Director General de Trabajo en el mes de abril 2008, sucediéndole el acusado Juan Márquez Contreras que ocupó el cargo desde el 29 de abril de 2008 y el 6 de abril de 2010

Los citados escritos son bastante explícitos del compromiso adquirido por Francisco J. Guerrero Benítez con el despacho de Garrigues para el pago de la factura por el asesoramiento jurídico-laboral en el análisis, diseño y desarrollo del proceso de prejubilaciones desarrollado a lo largo del año 2003, viniendo a corroborar las declaraciones que en tal sentido realizó en el plenario Encarnación P., sobre la relación que había tenido con C. R. por haber estado en UGT 30 años y de muchos años antes cuando se creó la sociedad laboral donde todo lo hizo él, y que éste apareció por Acyco de la mano de Gabriel B. porque se había enterado que tenían pendiente un ERE. José Miguel C. se presentó como experto en el tema, asegurándoles que su asesoramiento no les iba a costar nada, motivo por los que aceptaron su propuesta, poniéndose Gabriel al servicio de C..

Igualmente, Gabriel B. afirmó en el acto del juicio que siempre entendió que todo lo financiaba La Junta, sin que Acyco tuviera que pagar nada, ni siquiera en parte ("yo partía de la premisa que el coste para Acyco era 0").

También José Miguel C. conocía que los honorarios de Garrigues se abonarían a costa del erario público, a través de las cantidades aportadas

para el abono de la póliza cuya prima había de pagarse con cargo a la ayuda concedida por la Dirección General de Trabajo. Así, cuando le es exhibido el fax de 21 de octubre de 2003, respecto a la mención "*honorarios con cargo a la póliza*" manifestó que habían llegado al acuerdo por el que también los honorarios a que se alude (Garrigues y Deloitte) los pagaría la Junta, incluyéndose en el plan social los "*gastos de gestión*", por lo que le dijo a L. C. que le recordara a B. que había gastos "subvencionables en la póliza" refiriéndose a los gastos de gestión y de asesoramiento, y que sobre el particular "yo sólo le reiteraré lo que había oído a Guerrero decirle a P. en mi presencia: que mi asesoramiento era un gasto subvencionable", lo que reiteró a preguntas de este Tribunal, sin que aclarara cómo podían ser de cargo de una póliza unos honorarios.

Llegados a este punto, nos encontramos con la presentación de una demanda civil por parte del despacho de Garrigues, por quien actúa el Letrado Sr. Bosco C., presentada el 28 de octubre de 2008 contra Acyco en reclamación del pago de la factura F41308 por importe de 109.620 euros, más costas. Reclamación que hace referencia a siete meses de trabajo y que finalizó el 29 de enero de 2004, lo que contradice lo manifestado por José Miguel C. al limitar su actuación profesional a la tramitación del ERE cuya resolución es de fecha 23 de julio de 2003 y más cuando en la demanda se señalan entre los servicios profesionales prestados, que también comprendían el análisis "*del régimen jurídico de los sistemas de financiación pública que pudieran precisarse*".

Tras el traslado de la demanda a Acyco, ésta, bajo la dirección profesional de Gabriel B., interesó la intervención en el proceso, como codemandada, de la DGTSS de la entonces Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía, alegando que los

servicios profesionales a los que se refería la factura reclamada, fueron encomendados a Garrigues por dicho organismo público.

Ante tal alegación, el Letrado de Garrigues, Sr. Bosco C. se dirigió a María José R., asesora de confianza del nuevo DGT, Sr. Márquez Contreras (folios 701 y 702 Tomo II), en el que él le dice que, *“de acuerdo con la conversación telefónica que poco antes habían mantenido ambos (R. y C.) le remite la demanda interpuesta por Garrigues a Acyco, el escrito de Acyco solicitando la intervención provocada de la Dirección General de Empleo, así como el borrador de la contestación que al mismo ha efectuado Garrigues, lo que somete a su consideración, haciéndole constar que el vencimiento del plazo estaba previsto para el siguiente miércoles”*. Este correo de fecha 24 de marzo de 2009 que la Sra. R. V. recibe del Sr. Bosco C. lo reenvía a Juan Márquez, diciéndole. *“Adjunto te remito correo de Garrigues, referente a Acyco. Después de la demanda interpuesta por Garrigues, Acyco pretende que se llame a la administración al procedimiento, por cuanto, según ellos, nosotros fuimos quienes contratamos a Garrigues. Después de hablar con Garrigues, me han mandado los documentos (los PDF no he podido abrirlos) pero el borrador de respuesta de Garrigues me parece correcto y posiciona la línea de argumento que tendríamos que seguir si somos llamados al procedimiento (damos ayudas a los trabajadores-jubilaciones- no intervenimos en la representación/negociación de ERES en nombre de las empresas). El objetivo de hacernos partícipes, es, coordinar las respuestas y línea de argumento. Necesito que des el visto bueno o sugieras alguna modificación para que Garrigues continúe con su contestación en tiempo y forma y así el procedimiento. Te llamo”*.

Comunicación de Garrigues con la DGT que pone de manifiesto el conocimiento que existía del compromiso de pago de los honorarios realizado por Francisco J. Guerrero, y como intentaban que ello no trascendiera al exterior y por eso la necesidad de coordinar la respuesta y, como ésta fue negar tal extremo, se rechazó por la Juzgadora tal intervención provocada, finalizando el procedimiento con sentencia condenatoria para Acyco de fecha 2 de marzo de 2010.

Como declara Juan Márquez, en esta época, mantuvo varias entrevistas con Encarnación P., y en una, vino acompañada de alguien de la empresa, y se habló de la factura de Garrigues, pero afirma que se negó a su pago al no constar el compromiso del anterior DGT, pero es lo cierto que, como se desprende de los elementos probatorios que seguidamente expondremos, sí acordó su abono mediante la fórmula de simular la concesión de una subvención excepcional a favor de 144 trabajadores de Acyco que no se correspondía con la realidad y tenía como objetivo dicho pago de honorarios.

Como señalamos en el relato de hechos probados, la concesión de dicha subvención fue decidida con anterioridad a la fecha de la resolución en la que se otorgaba, cuando aún ostentaba el cargo de Consejero de Empleo, Antonio Fernández García, que cesó como tal el 22 de marzo de 2010, dos días antes de la resolución firmada por Juan Márquez Contreras en su calidad de Director General de Trabajo y Seguridad Social (folios 574 a 580 del Tomo II Anexo), en la que se acuerda conceder a Acyco una subvención de 109.620 €, es decir, un importe exactamente igual a la que la factura que Garrigues reclamaba a la mencionada empresa por honorarios no satisfechos. 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 Encarnación P. y que no tiene sello de registro de entrada en la DGT.

La anterior conclusión se sustenta en los siguientes motivos:

1.- En el email remitido el 22 de marzo de 2010 por Jesús Andrés R. M., empleado de la DGT encargado de la tramitación de la ayudas socio-laborales en la Dirección General de Trabajo, a Gabriel B. R., en la que le indica 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 así como los términos en los que debía justificarse la ayuda, dicho funcionario, el día siguiente, sin haberse recibido aún la petición de Acyco, ni documento alguno por parte de Gabriel B. R., redactó la memoria justificativa de la ayuda excepcional ya prometida, no explicándose de otro modo las conclusiones a las que llega, en concreto que la ayuda se refería a 144 trabajadores de Acyco cuyos nombres, D.N.I. y dirección se hacían constar en el anexo de la resolución, no la fecha de la antigüedad en la empresa, categoría etc... A este respecto resulta especialmente relevante recordar que la información contenida en los documentos TC2 de cotización de la empresa a la Seguridad Social, se extrae que durante el mes de enero de 2010, Acyco cotizó por 107 trabajadores, 37 trabajadores menos de los reflejados en la subvención excepcional, sin que conste documentación acreditativa de la pertenencia de estas personas a la empresa en el momento de la resolución de la concesión (folios 91 y 92 de la causa, Informe de la UCO). Con base en esa insólita memoria justificativa, sin presentación de solicitud por parte de Acyco, ni de documento alguno de los indicados a

Gabriel B., el día siguiente, 24 de marzo de 2010 se dictó por Juan Márquez Contreras la resolución de concesión de la subvención, como decimos, por el importe exacto de la minuta de Garrigues, 109.620 euros, siendo, posteriormente, cuando Encarnación P. 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, habiendo declarado a este respecto en el acto del juicio el testigo D. Rafael A. F. (sesión del juicio del día 17 de noviembre de 2020), quien se incorporó a la DGT en septiembre de 2011, siendo nombrado instructor, efectuando la revisión que se había acordado de oficio de 189 expedientes de ayudas a empresas, revisando todo a las que se referían al año 2010 porqué adolecían de todos los trámites administrativos. En concreto respecto de Acyco comprobó que la solicitud no fue registrada y que la falta de registro de la solicitud significa que no hay constancia de que dicha solicitud fuese presentada, ni de la fecha de su presentación.

2.- El 31 de marzo de 2010, a las 10,33 horas, B. R. dirige un correo a Jesús Andrés R. M., 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.

3.- El mismo día 31 de marzo de 2010, a las 12,12 horas Jesús Andrés R. contesta al correo de B., advirtiéndole que toda la documentación tiene que llegar por registro de entrada de la Consejería (recuérdese a este respecto que Gabriel B. pretendía remitir todo por correo electrónico, medio que impedía que en la documentación constara el sello del registro de entrada). Éste correo de Jesús Andrés es en respuesta al de Gabriel B. 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 registrar la solicitud" (folio 590, Tomo II, Anexo I), y el 5 de abril de 2010 Jesús Andrés R. remite nuevo correo a B. en el que le indica que necesita un listado con el nombre y NIF de los trabajadores (folio 592, Tomo II, Anexo I)

Jesús Andrés R. M. trabajaba en la Dirección General de Trabajo como personal contratado (Informe Ampliatorio de la UCO obrante en las actuaciones en los folios 633 y siguientes del Tomo II, en el que se refleja que según su vida laboral, no consta que trabajara para la Junta de Andalucía). Sobre dicha circunstancia, la testigo Carmen G. L., que ratificó en su integridad el informe obrante a los folios 712 y siguientes de las actuaciones, Jefa de Servicio de Contratación y funcionaría interviniente en la Información Reservada llevada a cabo para detectar las irregularidades en la concesión de ayudas socio-laborales, ha declarado en el acto de juicio que le llamó la atención que en la documentación examinada no había ninguna firma, informe, propuesta o intervención documental de ningún funcionario público. *"No había firma de funcionarios pero si de empleados públicos contratados y esto me llamó muchísimo la atención, ningún funcionario público."*

Queda por tanto, evidente, que la subvención se otorgó por acuerdo entre los acusados inicialmente indicados, y que ya estaba decidida su concesión antes de solicitar Jesús Andrés R. la documentación pertinente a Gabriel B. y que su concesión fue otorgada sin contar siquiera con la solicitud de Acyco, no siendo, además, competente el DGT y sí el Consejero de Empleo para su otorgamiento, puesto que la Orden de 3 de Marzo de 2010 dictada por Antonio Fernández García, por la que se delegaba en la DGT la competencia para otorgar subvenciones previa consignación presupuestaria, no entró en vigor hasta el 6 de abril de 2010 mediante su publicación en el boletín oficial de la Junta de Andalucía.

Juan Márquez, al igual que hizo Francisco J. Guerrero, manifestó que la concesión de las ayudas se ponía en conocimiento del Consejero y Viceconsejero en las reuniones de trabajo, según el primero, o en los consejos de dirección, según el segundo, que se celebraban semanalmente (Antonio Fernández dice que cada quince días), siendo ellos quienes autorizaban su otorgamiento. En concreto, en relación con la ayuda ahora examinada, Juan Márquez negó en el plenario haber recibido autorización o indicación alguna por parte del Consejero Antonio Fernández porque en la fecha de la resolución, éste, había cesado en su cargo (22 de marzo de 2010), pero se contradice al contestar a la pregunta de la Letrada de la Junta de Andalucía, sobre la rapidez como se dicta la resolución, diciendo que era fruto de varias reuniones mantenidas a lo largo de un año con la empresa, luego, al haberse decidido conceder la subvención antes del 22 de marzo de 2010, como se desprende de los emails antes transcritos, esto es, cuando aún no había cesado Antonio Fernández y, por tanto, debemos considerar que contaba con su beneplácito; valoración que confirma Juan Márquez al contestar a la siguiente pregunta de la misma Letrada, sobre ¿si no se planteó paralizar o tener más cuidado a la hora de

dictar esa resolución, puesto que al cesar el Consejero, al ser usted un alto cargo de su confianza, sabía que también iba a cesar”, diciendo que “eso era lo que hizo, se limitó a cumplir y cerrar los compromisos adquiridos”.

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 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, pero 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, hecho que era conocido por el Consejero y el Director General de trabajo, que con tal resolución falsaria provocaron la entrega a Encarnación P. y Gabriel B. de 82.215 euros (el 75% de la ayuda).

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

Ni Encarnación P. ni Gabriel B. informaron de esta solicitud de ayuda ni 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 Encarnación P. y Gabriel B..

María José R. (folio 641 del Tomo II), manifiesta que desconocía si la ayuda socio laboral excepcional otorgada a los trabajadores de Acyco el 24/03/2010 por un importe de 109.620 €, tenía por finalidad que esta empresa pagase los servicios prestados por el Despacho de Abogados de Garrigues durante la tramitación del ERE del año 2003. Aunque dice, que C. de Garrigues, la llamó para ver si se iba a dar una ayuda a Acyco para afrontar el pago pendiente de la factura. Transcurrido un tiempo preguntó a C. si había cobrado, y éste le dijo que sí. Por lo que entiende que la empresa Acyco solicitó una ayuda a la DGTSS para afrontar ese pago.

Igualmente, manifestó que le constaba que había un tema de facturación con Garrigues de la época de la reestructuración de Acyco, con controversias sobre si Javier Guerrero iba a pagar la factura de los abogados. Este tema lo llevaba directamente el Director General con Encarnación P. y José Miguel C. de Garrigues, que nos iba poniendo al tanto del procedimiento para que pagara la empresa, que contestaba e implicaba a la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo.

Todos estos datos indiciarios nos llevan a la conclusión, fuera de toda duda racional, de estimar que la subvención excepcional acordada el 24 de marzo de 2010, tenía como única finalidad encubrir con apariencia de legalidad el pago de los honorarios de Garrigues por parte de la Junta de Andalucía, y no la de paliar la precaria situación de 144 trabajadores de Acyco, y ciertamente, el dinero abonado, tuvo precisamente ese destino, saldar la factura de Garrigues, tras resolver el 3 de septiembre de 2010 el nuevo Director General de Trabajo, Daniel Alberto Rivera Gómez encomendar el pago a la Agencia IDEA de 82.215 euros (lo que suponía el

75% de la ayuda); abono que se produjo el 13 de octubre de 2010 tras ingresar dicha cantidad en la c/c indicada por Encarnación P., de donde se traspasan 2.000 euros el 17 de octubre de 2010 a Garrigues, y el 18 de octubre de 2010 se emite cheque también a favor de dicho despacho profesional por importe de 80.000 euros. Garrigues solicitó el 23 de febrero de 2012 el archivo del procedimiento de ejecución civil instado contra Acyco, diciendo que había visto satisfechas sus pretensiones fuera del proceso.

Con la citada orden de pago a IDEA, Daniel Alberto Rivera no hacía más que ejecutar lo acordado en la resolución de 24 de marzo de 2010, habiendo manifestado que fue María José R. quien le informó sobre la citada ayuda, y ella ha declarado, que según entendía, se refería a una subvención a favor de empleados de Acyco que se encontraba en una situación de crisis económica. No consta determinado con certeza, por tanto, que Daniel A. Rivera conociera que el destino que iba a tener dicha subvención era distinto al indicado en la resolución que acordaba ejecutar, por lo que debemos dictar sentencia absolutoria respecto al mismo, debiendo hacer constar que Daniel A. Rivera, 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 recobro y revisión de oficio de la subvención.

Igualmente, debemos absolver a Agustín Barberá Salvador de los delitos por los que viene acusado, ya que no ostentó el cargo de Viceconsejero de Empleo hasta el 26 de abril de 2004 y, por tanto, ninguna vinculación se le aprecia con la decisión de otorgar la ayuda socio-laboral a Acyco tras el ERE, ni con el Convenio de Colaboración con

IFA/IDEA, habiendo negado dicho acusado toda relación con Acyco y con las subvenciones que le fueron otorgadas, y en relación con el visto bueno que hacía constar en las comunicaciones a IDEA no así en las órdenes de pago, manifestó que solo venían a acreditar que eran firmadas por el Director General de Trabajo y no se ha practicado prueba alguna que permita pensar otra cosa distinta. Su inculpación se limita al hecho de ostentar el cargo de Viceconsejero de Empleo sin otro dato que permita apreciar una intervención activa en los hechos enjuiciados.

DÉCIMOSEGUNDO.- En cuanto al delito de tráfico de influencias del que se acusa a Encarnación P. y a Antonio Fernández García por la Letrada de la Junta de Andalucía, debemos dictar sentencia absolutoria por cuanto no concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para su apreciación.

El citado delito viene definido en los arts. 428 y 429 del Código Penal, castigando el primero al *“funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero”*, y el segundo al *“particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero”*.

Según la sentencia del TS de 16 de julio de 2021, con cita de la sentencia núm. 485/2016, de 7 de junio, "los elementos que tipifican la antijuridicidad punible, diferenciándola de conductas que, socialmente adecuadas o no, no merezcan sanción penal, los siguientes:

a) *La influencia entendida como presión moral eficiente sobre la voluntad de quien ha de resolver (STS 573/202 de 5 de abril) para alterar el proceso motivador de aquél introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión, de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida (STS 29 de junio de 1994). Siquiera no sea necesario que la influencia concluya con éxito, bastando su capacidad al efecto.*

b) *La finalidad de conseguir de los funcionarios influidos una resolución que genere directa o indirectamente un beneficio económico, para el sujeto activo o para un tercero entendiendo el concepto de resolución en sentido técnico-jurídico. Como recuerda la STS 300/2012, avala esta conclusión la comparación de la descripción de los tipos de tráfico de influencia y los de cohecho. Si el Legislador hubiese querido incluir en el delito de tráfico de influencias cualquier acto de la Autoridad o funcionario inherente a los deberes del cargo, y no solo las resoluciones, habría utilizado la fórmula del cohecho u otra similar, en donde se hace referencia a cualquier acto contrario a los deberes inherentes a la función pública del influido.*

c) Que aquella influencia sea actuada en el contexto de una situación típica: la relación personal del sujeto activo con el funcionario. Lo que hace de éste un delito especial ya que solamente puede ser autor quien se encuentra en dicha situación.

d) Tal tipificación busca proteger la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales. Referencia al bien jurídico que es trascendente en la medida que sirve como un instrumento valorativo del comportamiento, ya que la indemnidad del bien protegido, por la inocuidad de aquél, debe llevar a la exclusión de su tipicidad. Si la finalidad se refiere a una resolución exigible y lícita podría considerarse socialmente adecuada como razón que excluyera la antijuridicidad, en la medida que, exenta de lo espurio, la resolución no vulneraría el bien jurídico protegido, ya que con la sanción se busca la imparcialidad en cuanto instrumental para la salvaguarda de la corrección jurídica de las decisiones.

Como recuerda nuestra más reciente STS 300/2012 antes citada, en lo que concierne al elemento de la influencia se excluye las meras solicitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social interesando el buen fin de un procedimiento que no pretendan alterar el proceso decisor objetivo e imparcial de la autoridad o funcionario que deba tomar la decisión procedente.

De la misma manera que se excluye del artículo 428 la actuación de funcionarios que se dirigen al que ha de resolver incluso siendo superiores si no se abusa de la jerarquía, tampoco basta que un ciudadano trate de influir espuriamente en el funcionario que resuelve si no mantiene con él una relación que deba considerarse de naturaleza "personal" y, además, se prevale de la misma."

Más recientemente, hemos dicho (STS 491/2018 de 23 octubre) que "El tipo exige la existencia de una relación personal del sujeto con una autoridad o funcionario público. Pero no es suficiente la existencia de la misma, sino que, además, es necesario que el sujeto actúe prevaliéndose de ella y que, de esa forma, influya en quien debe resolver. Precisamente, porque el tipo exige que esa influencia vaya orientada a conseguir una resolución, y no cualquier otra clase de comportamiento.

La influencia ha sido entendida por la jurisprudencia como una presión moral eficiente sobre la voluntad del que debe resolver, con capacidad para alterar el proceso de motivación introduciendo en él elementos distintos del interés público al que debe atender. En este sentido, se decía en la STS nº 214/2018, de 8 de mayo, que el art. 429 del Código penal exige una situación de prevalimiento que es aprovechada para la obtención de una resolución que le pueda beneficiar al autor o a un tercero, de manera directa o indirecta. La utilización conjunta de los términos influir y prevalimiento es sugerente del contenido de la tipicidad: situación objetiva de prevalimiento, por razones de amistad, jerarquía, etc., a la que debe sumarse un acto de

influencia. No basta la mera sugerencia y la conducta debe ser realizada por quien ostenta una posición de prevalencia que es aprovechada para la influencia", concluyendo que, por lo tanto, "la influencia debe consistir en una presión moral eficiente sobre la acción o la decisión de otra persona, derivada de la posición o status del sujeto activo (STS 335/2006, de 24 de marzo)".

En el presente caso, no consta acreditada una situación objetiva de prevalimiento por parte de los acusados por razones de amistad, parentesco, jerarquía etc..., a la que se sume un acto de influencia. Conforme a los hechos declarados probados fue José Miguel C. R. quien ofreció sus servicios por la experiencia que tenía en casos similares, en los que, igualmente, se había obtenido una ayuda socio-laboral a empresas mediante la suscripción de pólizas de prejubilación, y lo hizo gratuitamente, asegurando que todos los gastos derivados del ERE, de las indemnizaciones a los trabajadores afectados y sus propios honorarios serían a cuenta de la Administración Pública. Ciertamente, ella se aprovechó de una situación ilícita cuyos motivos últimos desconocemos, lo que la hace merecedora de reproche penal por los delitos antes examinados pero no por delito de tráfico de influencias cuyos elementos integradores no concurren en este caso. No se ha probado que la decisión del Director General de Trabajo, ni su aprobación por parte del Viceconsejero, se debiera a un acto de influencia de ella y de prevalimiento de una relación personal o amistad con dichas autoridades.

Como, igualmente, tampoco consta que las ilegales decisiones atribuidas a los directores generales de trabajo, hayan sido fruto de una

actuación de prevalimiento o influencia imputable a Antonio Fernández, al menos ninguna prueba que se ha practicado en el plenario para podamos hacer una distinta valoración, por lo que, también debemos absolverle de esta acusación.

DÉCIMOTERCERO.- Como consecuencia de los fundamentos antes indicados, debemos considerar a Antonio Fernández García como autor de un delito continuado de prevaricación del art. 404 en relación con el art. 74 del Código Penal, un delito de falsedad del art. 390.1, 4º del mismo Código en concurso medial, ambos, con un delito de malversación continuada del art 432.1 y2 en relación con el art. 74 del mismo texto legal, en atención a la decisión de concesión y posterior abono de ayudas concedidas a Acyco mediante el pago de las primas de seguro 581 y 582 y la subvención excepcional de 24 de marzo de 2010, y por la falsedad por la que se encubría el verdadero destino de ésta última.

Consideramos a Juan Márquez Contreras como autor penalmente responsable de un delito de prevaricación del art. 404 del CP, un delito de falsedad del art. 390.1,4º del CP, ambos en concurso medial con un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1y2 CP, en relación a la subvención excepcional por el concedida, mediante falseamiento de su finalidad, sin haberse presentado solicitud formal por parte de las personas interesadas; resolución que determinó el pago a Garrigues del 75% de la factura que reclamaba por su intervención en los hechos enjuiciados.

Son responsables en concepto de cooperadores necesarios de un delito continuado de prevaricación, un delito de falsedad, ambos en concurso medial con un delito malversación continuada de malversación de caudales públicos tipificados en los preceptos antes indicados, a Encarnación P. M., Gabriel B. R. y José Miguel C. R., en relación con los hechos relativos a la concesión de la ayuda socio-laboral a Acyco, suscripción y pago de las primas de las pólizas de seguro 581 y 582 y con la Adenda y subvención excepcional de 24 de marzo de 2010, y respecto a Encarnación P., además, por la suscripción a cargo de la Junta de Andalucía de la póliza 581-2 y su efectivo abono mediante el sistema de "pagos cruzados".

Antonio A. M. es responsables en concepto de cooperador necesario de un delito continuado de prevaricación en concurso medial con un delito continuado de malversación de caudales públicos antes definidos, en relación a su actuación en relación con la concesión de la ayuda a Acyco y la suscripción y pago por parte de la Junta de Andalucía de las primas de las pólizas 581, 582 y 581-2.

También, en concepto de cooperador necesario, es responsable Jesús María B. R. de un delito de malversación de caudales públicos del art. 432.1 y 2 del Código Penal, en relación con la suscripción y pago por la Junta de Andalucía de la póliza 582 y el cobro de las rentas de supervivencia derivadas de dicha póliza recibidas por los llamados "intrusos".

DÉCIMOCUARTO.- Concurre en todos los acusados la circunstancia atenuante simple de dilaciones indebidas, nº 6ª del art. 21 del Código Penal.

Como señala la sentencia del TS nº 586/2014 de 23 de julio de 2014 "el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas está configurado como un concepto jurídico indeterminado que, por su imprecisión, exige examinar cada supuesto a la luz de aquellos criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y, en su caso, si ésta puede considerarse justificada, por cuanto "no toda infracción de los plazos procesales o toda excesiva duración temporal de las actuaciones judiciales supone una vulneración del derecho fundamental que estamos comentando" (STC 153/2005, de 6 de junio , FJ 2). En la STC 178/2007, de 23 de julio, FJ 2, recogiendo jurisprudencia anterior subrayábamos que "la prohibición de retrasos injustificados en la marcha de los procesos judiciales impone a Jueces y Tribunales el deber de obrar con la celeridad que les permita la duración normal o acostumbrada de litigios de la misma naturaleza, y con la diligencia debida en el impulso de las distintas fases por las que atraviesa el proceso. Asimismo, en coincidencia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en 'un tiempo razonable'), que ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE, afirmábamos que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones y, sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, y que son la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que

arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades." En los mismos términos, las SSTC 38/2008, de 25 de febrero, FJ 2 ;93/2008, de 21 de julio, FJ 2 ;94/2008, de 21 de julio, FJ 2 ;142/2010, FJ 3 ; y 54/2014, de 10 de abril , FJ 4, entre otras.

En alguna otra resolución ha hecho añadidos significativos a ese elenco de criterios. Así en la STS 126/2011 de 18 de julio recuerda que es jurisprudencia reiterada de este Tribunal (Constitucional) que, para poder estimarse vulnerado el referido derecho, es "requisito indispensable" que el actor las haya invocado en el procedimiento judicial previo, mediante el requerimiento expreso al órgano judicial supuestamente causante de tales dilaciones para que cese en las mismas. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada, haciendo posible su reparación al poner remedio al retraso o a la paralización en la tramitación del proceso, con lo que se preserva el carácter subsidiario del recurso de amparo. De ahí que sólo en aquellos supuestos en los que, tras la denuncia del interesado (carga procesal que le viene impuesta como un deber de colaboración de la parte con el órgano judicial en el desarrollo del proceso), el órgano judicial no haya adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable podrá entenderse que la vulneración constitucional no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria, pudiendo entonces ser examinada por este Tribunal (por todas, SSTC 177/2004, de 18 de octubre, FJ 2 ; 220/2004, de 29 de noviembre, FJ 6 ; 63/2005, de 14 de marzo, FJ 12 ; 153/2005, de 6 de junio, FJ 2 ; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 12 ; y 4/2007, de 15 de enero , FJ 4).

O, en fin, y siempre en el marco del derecho fundamental como constitucional y del recurso de amparo, se llega a significar que: como declaramos en la STC 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3, "la alegación de vulneración del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas carece de sentido cuando el procedimiento ya ha finalizado (por todas, STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 4), exigiéndose que el proceso ante el órgano judicial siga su curso (SSTC 152/1987, de 7 de octubre, FJ 2 ; 173/1988, de 3 de octubre, FJ 3 ; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 3 ; 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2 ;205/1994, de 1 de julio, FJ 3 ;146/2000, de 29 de mayo, FJ 3). En otras ocasiones, y en relación con demandas de amparo similares a la presente, hemos dicho que no cabe denunciar ante este Tribunal las dilaciones indebidas una vez que ha concluido el proceso penal en ambas instancias, pues la apreciación en esta sede de las pretendidas dilaciones no podría conducir a que este Tribunal adoptase medida alguna para hacerlas cesar (STC 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2). Así, hemos declarado que, 'no siendo posible la restitutio in integrum del derecho fundamental, dado que el proceso ha fenecido, el restablecimiento, solicitado por la recurrente, en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación [art. 55.1 c) LOTC sólo podrá venir por la vía indemnizatoria' (STC 180/1996, de 12 de noviembre, FJ 8)." En consecuencia las demandas de amparo por dilaciones indebidas, formuladas una vez que el proceso ya ha finalizado, carecen de viabilidad y han venido siendo reiteradamente rechazadas por este Tribunal, por falta de objeto (SSTC 146/2000, de 29 de mayo, FJ 3 ; 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3 ;167/2002, de 18 de septiembre, FJ 13 ;97/2003, de 2 de junio, FJ 4 ;73/2004, de 22 de abril, FJ 2 ;

63/2005, de 14 de marzo, FJ 12 ;167/2005, de 20 de junio, FJ 3 ; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 12 ; 263/2005, de 24 de octubre, FJ 8 ; 28/2006, de 30 de enero, FJ 7 ; 99/2006, de 27 de marzo, FJ 2 ; 147/2006, de 8 de mayo, FJ único ; 156/2006, de 22 de mayo, FJ 3 ; 57/2007, de 12 de marzo, FJ 4 ; y 73/2007, de 16 de abril , FJ 2). Por consiguiente, ello mismo ha de apreciarse en el presente caso.

Ahora bien, pese a la indudable relación de la atenuante de responsabilidad penal con ese derecho fundamental, debe establecerse la necesaria diversidad de tratamiento , ya que esta cuestión se desenvuelve en el marco de la legalidad ordinaria y el precepto que ha venido a tipificarla tiene una específica consecuencia reparadora ausente en el marco del recurso de amparo.

Alguna STC había sido especialmente contundente al respecto. Así, la STC 381/1993, FJ 4, estableció que: "constatada judicialmente la comisión del hecho delictivo y declarada la consiguiente responsabilidad penal de su autor, el mayor o menor retraso en la conclusión del proceso no afecta... a ninguno de los extremos en que la condena se ha fundamentado, ni perjudica la realidad de la comisión del delito y las circunstancias determinantes de la responsabilidad criminal. Dada la manifiesta desconexión entre las dilaciones indebidas y la realidad del ilícito y la responsabilidad, no cabe pues derivar de aquellas una consecuencia sobre éstas ni, desde luego, hacer derivar de las dilaciones la inejecución de la sentencia condenatoria". La decisión legal no es, por tanto, desarrollo constitucionalmente obligado del derecho.

La apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas es un tema de legalidad; y no de vulneración del derecho fundamental (derecho al plazo razonable) con el que está relacionada (STC 142/2012, de 2 de julio, STC nº 78/2013 de 18 de abril y STS 126/2014 de 21 de febrero).

Entre las diferencias de ambos tratamientos del factor tiempo no cabe olvidar que el derecho constitucional alcanza a todas las partes mientras que la atenuante es un derecho exclusivo del acusado.

Antes de la recepción legislativa de la doctrina jurisprudencial ordinaria se había intentado precisar el fundamento de la modificación de la responsabilidad penal en estos supuestos. Vinculándola a aquel derecho constitucional a la proscripción de las dilaciones indebidas. Y recordando que la atenuante se justificaba solamente si del retraso se han derivado consecuencias gravosas ya que aquel retraso no tiene por qué implicar éstas de manera inexorable. Y sin daño no cabe reparación. Así en nuestra STS 654/2007 de 3 de julio se recordaba que: Precisamente esta reparación ha sido uno de los motivos de diatriba en el curso de la cual se produjo un cambio de criterio jurisprudencial. El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de este Tribunal determinó en 29 de abril de 1997, que no había base legal para aplicar una atenuante al acusado, con apoyo en la vulneración de su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Pero, como dijimos en nuestra sentencia 622/2001 de 26 de noviembre: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 15 de julio de 1982 (TEDH 1982\4), dictada en el caso Eckle ha admitido la compensación de la lesión sufrida en el derecho fundamental mediante una atenuación proporcional de la pena, y ha

considerado que era una forma adecuada de reparar la vulneración del derecho del acusado a ser juzgado en un plazo razonable. En el Pleno de esta Sala Segunda celebrado el 21 de mayo de 1999, se cambió el criterio del Pleno anterior, llegándose al acuerdo de que «la solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas, era la de compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del art. 21.6 del CP». Y en la sentencia 2096/2002 de 17 de diciembre (LA LEY 1758/2003) se reprochaba a la defensa que "...no ha manifestado las consecuencias negativas concretas del lapso de tiempo transcurrido..."

Después de promulgarse la actual redacción del artículo 21.6 del CP en el año 2010, la Jurisprudencia ha tratado de definir el alcance de los presupuestos típicos de dilación extraordinaria de la tramitación del procedimiento y del carácter indebido de la misma, así como ausencia de atribuibilidad al inculpado y relación con la complejidad de la causa.

a) La nota de extraordinariedad en el retraso se configura de naturaleza totalmente empírica y como algo que no cabe un concepto meramente normativo que implique atenuante para toda duración meramente diversa de la duración legalmente prevista para cada trámite (SSTS nº 199/2012 de 15 de marzo (LA LEY 42910/2012); nº 1158/10 de 16 de diciembre). En este particular ya puede observarse una cierta diversidad de consecuencias por la diversidad de fundamento entre el derecho constitucional y la atenuante. Así en la STS 990/2013 de 30 de diciembre decíamos que:

Ciertamente tal interpretación puede suponer un cierto reduccionismo sobre interpretaciones más acordes a la dimensión constitucional de la garantía o de la establecida en textos internacionales como a la Convención europea sobre derechos. Desde esa perspectiva la concurrencia de deficiencias estructurales que expliquen las tardanzas no alcanza a justificar el incumplimiento estatal de dispensar tutela judicial en plazo razonable.

Pero quizás no sea indiferente que, cuando la reparación exigible por razón de la dilación sea la disminución de la pena imponible, las exigencias vayan más allá de las reclamables cuando se trata de acudir a otros remedios de la vulneración constitucional.

b) En cuanto a la exigencia típica de que la dilación sea indebida dijimos en la citada STS 990/2013 que: debe entenderse en el sentido de injusto o ilícito. Es decir no justificable. Para establecer tal conclusión ha de atenderse a las circunstancias concurrentes en cada caso. Así será indebida si resulta desproporcionada para la complejidad de la causa. Y ésta puede derivar de la multiplicidad de sujetos intervinientes que obliga a la multiplicación de los trámites. O de la dificultad para establecer la estrategia investigadora adecuada. O de otras circunstancias que deberán ser valoradas sin que, como antes dijimos quepa remitirse meramente al transcurso del tiempo. La falta de justificación no debe considerarse como correlato ineludible con eventualidades responsabilidades profesionales de los sujetos del procedimiento. Como tampoco cabe excluir la nota de indebida por la mera alusión a deficiencias estructurales de la organización del servicio judicial.

c) De manera muy concreta, entre esas circunstancias deberá valorarse cuál ha sido, no solo el comportamiento del poder jurisdiccional, sino el comportamiento del propio acusado provocando las dilaciones.

d) Se ha discutido si existe la carga procesal de denunciar la demora en la tramitación al tiempo de incurrir el procedimiento en aquélla. El TC remite a la jurisdicción ordinaria la decisión al respecto (STC 78/2013) pero, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, proclama que la exclusión de la atenuante bajo la argumentación de exigencia de esa carga no puede calificarse de arbitraria, siquiera lo debatido fuera en esa ocasión el carácter muy cualificado de la atenuante, que había sido desechado.

e) Procesalmente es carga del que pretende la atenuante al menos, señalar los períodos de paralización, justificar por qué se consideran "indebidos" los retrasos y/o indicar en qué períodos se produjo una ralentización no justificada, siquiera en ocasiones concretas se haya huido de un rigor formalista en esta exigencia (STS 126/2014 de 21 de febrero)."

En el presente caso, nos encontramos con una complejísima investigación, con un número elevadísimo de implicados, lo que ha generado una actuación instructora ingente que, finalmente, ha determinado la división de la causa en distintas piezas a partir del auto

de fecha 30 de septiembre de 2015, para facilitar su enjuiciamiento; resolución que recoge, entre otras, las consideraciones que a favor de dicha separación realizó TS en auto de fecha 13 de noviembre de 2014, donde se muestra favorable a tal división siguiendo el criterio de la Instructora de *“separar en su exposición motivada de los hechos, dos fases perfectamente diferenciadas: una primera de ideación y diseño del procedimiento específico para canalizar las ayudas en general y, una segunda etapa, de ejecución administrativa y material, consistente en la suscripción de convenios particulares de colaboración y de pólizas de seguro, en las que solamente intervenían, siempre según la Exposición Razonada, el responsable de la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo y el Presidente del Instituto de Fomento de Andalucía...Lo expuesto permite afirmar, a priori, que es posible la investigación judicial de las personas aforadas ante esta sede de modo separado de la de los restantes intervinientes en el proceso de adjudicación de las ayudas por tener, su actuación, entidad y autonomía propia como parece deslizarse de la fundamentación del auto 797/2014, de 10-10, de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial que resuelve un recurso de apelación interpuesto por uno de los imputados y que exterioriza la distinción entre el procedimiento ideado para el otorgamiento de subvenciones sociolaborales y ayudas de empresas en crisis y el manejo arbitrario de los fondos que atribuye a la Dirección General de Trabajo y Seguridad Social de la Consejería de Empleo”*.

Se trataría, según informe del Mº 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 atenuante estimada, máxime cuando su resolución ha precisado de una atención casi exclusiva, muy difícil de conseguir dado el cúmulo de trabajo que soporta este Tribunal, lo que ha provocado un retraso inadecuado e indeseado en la resolución de esta causa.

DÉCIMOQUINTO.- En cuanto a la ponderación en la individualización de la pena debemos reiterar lo ya dicho, entre otras en la STS nº 404/2014 de 19 de mayo, que *“cuando los datos básicos del proceso de individualización de la pena puedan inferirse de los hechos probados, no resultan constitucionalmente exigibles ulteriores razonamientos que los traduzcan en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición (cfr. SSTC 25/2011, 14 de marzo; 98/2005, de 18 de abril, FJ 2, citando las SSTC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6 , y 136/2003, de 30 de junio , FJ 3). Excluida la arbitrariedad en la tarea de individualización en la medida que se explicita la justificación de la decisión adoptada, tampoco cabe considerar que la medida de la pena impuesta constituye una infracción de ley por estar dentro del margen de la pena que cabe imponer. A la casación es ajeno el juicio de oportunidad e incluso el de equidad sobre la medida de la pena por la que opta el juzgador de la instancia si expresa las razones de su decisión y la pena impuesta no infringe la norma penal individualizadora por estar dentro de los márgenes conferidos al juzgador”*.

Este Tribunal, para la determinación de la pena a imponer a cada uno de los acusados, va a tener en cuenta la mayor o menor participación en los hechos enjuiciados, el importe de la distracción de

dinero público a consecuencia de su actuar delictivo, la apreciación de la atenuante indicada y la aplicación de los artículos 66.1, 65.3 (en relación con los llamados "extraneus") y 74.1 y 77 del Código Penal en aquellos acusados que le es de aplicación dichos preceptos relativos a la continuidad delictiva y concurso medial de delitos, debiendo optar por la aplicación de la legislación vigente al tiempo de los hechos por ser más beneficiosa para los acusados, salvo en el caso de Juan Márquez Contreras en quien ocurre lo contrario por no estimarse en él la continuidad delictiva y serle de aplicación el art. 77.3 del Código Penal que resulta más favorable tras la modificación introducida por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor el 1 de julio de 2015, según el cual, en los casos de concurso medial, ya no es obligado aplicar en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, disponiendo que *"se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.*

Precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia (sentencia de 28 de enero de 2016, con cita de la sentencia num. 863/2015, de 30 de diciembre), diciendo que *"el nuevo régimen punitivo del concurso medial consiste en una pena de nuevo cuño que se extiende desde una pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, como límite mínimo, hasta la suma de las penas*

concretas que habrían sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, como límite máximo.

El límite mínimo no se refiere a la pena "superior en grado" de la establecida legalmente para el delito más grave, lo que elevaría excesivamente la penalidad y no responde a la literalidad de lo expresado por el Legislador, sino a una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave. Es decir, si una vez determinada la infracción más grave y concretada la pena tomando en consideración las circunstancias y los factores de individualización, se estima que correspondería, como sucede en el caso actual, la pena de seis años de prisión, la pena mínima del concurso sería la de seis años y un día.

El límite máximo de la pena procedente para el concurso medial no podrá exceder de la "suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente para cada delito". Es preciso determinar la pena en concreto del delito menos grave, teniendo en cuenta, como en el caso anterior, las circunstancias concurrentes. Si dicha pena fuese de cuatro años, como sucede en el caso actual, el marco punitivo del concurso irá de seis años y un día como pena mínima, a diez años (seis del delito más grave, más cuatro del segundo delito) como pena máxima.

Dentro de dicho marco se aplicarán los criterios expresados en el art 66 CP, pero, como señala acertadamente la Circular 4/2015 de la FGE, que sigue este mismo sistema, en ese momento ya no debemos

tener en cuenta las "reglas dosimétricas" del artículo 66 CP, porque ya se han utilizado en la determinación del marco punitivo y, caso de hacerlo, se incurriría en un "bis in ídem" prohibido en el art. 67 CP. Deben tomarse en cuenta los criterios generales del art 66, pero no las reglas específicas, que ya han incrementado el límite mínimo del concurso por la apreciación de una agravante, que no puede ser aplicada de nuevo.

Debemos tener en cuenta que conforme a la Disposición Transitoria Primera de la citada L.O. 1/2015 *"los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.*

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad".

Por otro lado, respecto a la aplicación del párrafo 1º del art. 74 en relación con la pena agravada del delito de malversación de caudales públicos ya nos referimos anteriormente, no conculcándose en este caso el principio non bis in ídem en la imposición de la pena agravada en su

mitad superior, dado el importe de los distintos actos de distracción, muy superiores a 50.000 euros (dos de ellas de 500.000 euros).

A Antonio Fernández García, dada la intervención que hemos apreciado en la concesión y pago de las subvenciones a Acyco, tanto en el año 2003 como en el año 2010, en aplicación de los preceptos indicados, dada la pena a imponer por el delito más grave (malversación de caudales públicos agravado del art. 432.1 y 2 CP, castigado con 4 a 8 años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años) la continuidad delictiva (mitad superior) y el concurso medial apreciado de los delitos de falsedad (290.1,4º CP) y continuado de prevaricación (404 CP) (mitad superior), el límite inferior que se le impone por apreciación de atenuante de dilaciones indebidas supone una pena de 7 años y 1 día de prisión y 17 años y 15 días de inhabilitación absoluta.

A Encarnación P. M. y a José Miguel C. R., a los que se les aprecia una actuación principal en la comisión de los delitos apreciados, se le impone en un límite superior al mínimo legal pero dentro de la mitad inferior de la pena que le corresponde conforme a la normativa anterior que hace que sea menor que la de Antonio Fernández por aplicación del art. 65.3 del CP, por lo que les imponemos a cada uno la pena de 5 años de prisión, y 7 años de inhabilitación absoluta.

A Juan Márquez Contreras, siguiendo el mismo criterio de imposición de la pena mínima, en aplicación del art. 77.3 del CP vigente

en la actualidad, se le impone la pena de 4 años y 1 día de prisión y 10 años y 1 días de inhabilitación absoluta.

A Gabriel B. R., al que se le considerar cooperador necesario del delito de falsedad y de los delitos continuados de prevaricación y malversación de caudales públicos en concurso medial, al no apreciársele un beneficio económico personal y tener una actuación secundaria respecto de Encarnación P., le imponemos la pena mínima de 3 años 6 meses y un día de prisión y 5 y 1 día de inhabilitación absoluta.

A Antonio A. M., si bien no se le estima participación en el delito de falsedad por el que se ha formulado acusación, sí apreciamos una intervención principal en la determinación y ejecución de la ayuda concedida a Acyco en 2003 con la inclusión de los "intrusos", que constituyen los hechos de mayor importancia económica y afectación al servicio público, por lo que aplicando los criterios anteriores y no siendo merecedor de una pena en su límite mínimo, se le impone 4 años de prisión (continuidad delictiva y concurso medial) y 6 años de inhabilitación absoluta.

A Jesús María B. R., como cooperador de un delito de malversación de caudales público, siendo su intervención subordinada pero activa en la inclusión de los intrusos en la ayuda a Acyco, en atención al tiempo transcurrido desde tales hechos, se les impone la pena en su límite mínimo, 2 años de prisión y 5 años de inhabilitación absoluta.

DÉCILOSEXTO.- Conforme al art. 109 del C. Penal" *la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados*", estableciendo el art. 116 del mismo Código que "1.Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito los jueces o tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno. 2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables".

En aplicación de dichos preceptos debemos condenar a los acusados por las consecuencias perjudiciales que sus actos delictivos dieron lugar, siguiendo el criterio mantenido por el Mº Fiscal en su escrito de acusación que aceptamos y respetamos en aplicación de los principios de rogación, congruencia y acusatorio, limitando el importe de la indemnización a imponer, a la cifra máxima interesada por el Mº Público, aunque hemos apreciado un mayor daño a las arcas públicas por el superior abono de dinero para el pago de las pólizas de seguro concertadas.

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 mantenido en la sentencia del TS de fecha 8 de junio de 2018 (caso Noos), de la que podemos extraer que la conclusión a la que hemos

llegado encuentra su 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 de 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 cometida.

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.

Es por ello, por lo que hemos estimado procedente la condena en concepto de responsabilidad civil en el límite interesado por el por el Ministerio Fiscal.

Por otro lado, no es admisible una negación de indemnización, por el hecho de no estimar la defensa motivada la pretensión deducida por las acusaciones, pues aunque no es muy amplia, su justificación sí resulta del relato de hechos contenido en los escrito de calificación, su valoración como integradores de los delitos por los que formula acusación y la constatación de las consecuencias penológicas y civiles que

legalmente se derivan de tales infracciones penales, determinantes de un perjuicio cuantificado y reclamado en tales escritos.

Tampoco es aceptable la invocación por la defensa de un supuesto litisconsorcio pasivo necesario, ya que en nada va a afectar el enjuiciamiento de los hechos examinados en esta causa a los trabajadores afectados por el ERE, siendo el enjuiciamiento de los ahora acusados y sus responsables civiles subsidiarios perfectamente independiente de la actuación de aquellos, además de no corresponder a la defensa y sí, únicamente, a las acusaciones la solicitud de responsabilidad tanto penal como civil en el proceso penal.

Respecto a la responsabilidad civil subsidiaria del despacho profesional A&J Garrigues S.L.P., para el que trabajaba el acusado José Miguel C. R., y fue la emisora de la factura derivada del asesoramiento realizado por él para la tramitación del ERE y la posterior consecución de la ayuda socio-laboral a Acyco; factura que finalmente se cobró en un 75% mediante la falsa apariencia de obtención de una subvención excepcional a favor de dicha mercantil, debemos hacer las siguientes precisiones jurisprudenciales que nos avocan a la declaración de la responsabilidad interesada por el Mº Fiscal:

Conforme a la sentencia de 23 de julio de 2014 (que no 2017), citada por la defensa de Garrigues, los requisitos para que se produzca el nacimiento de la responsabilidad civil subsidiaria son los siguientes:

"1.La existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito o falta y la persona individual o jurídica bajo cuya dependencia se halla... Sobre este elemento la interpretación jurisprudencial ha sido flexible, alcanzando tal situación de dependencia a cualquier relación jurídica o de hecho, o cualquier otro vínculo por el cual el autor del delito se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica; o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza el autor del hecho delictivo cuente con el beneplácito o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario.

2. Que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extralimitándose en ellas. Es preciso, por consiguiente, en lo atinente a este elemento constitutivo, que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor".

Sobre esta misma cuestión, de forma más específica en relación con las sociedades profesionales y en concreto con los despachos de Abogados y la responsabilidad civil subsidiaria que le es exigible, la sentencia del TS de 20 de junio de 2020 se pronuncia en los siguientes términos:

La Ley 2/07, de 15 de marzo, de sociedades profesionales (LSP) establece un régimen específico para todas aquellas sociedades que

quisieran dedicarse al ejercicio de una profesión. Crea un nuevo régimen jurídico de naturaleza obligatoria como se deduce tanto de su exposición de motivos como de su artículo primero. Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional "deberán" constituirse como sociedades profesionales. En concreto regula las sociedades que tienen por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional. Como señala su Exposición de Motivos, "la evolución de las actividades profesionales ha dado lugar a que la actuación aislada del profesional se vea sustituida por una labor de equipo que tiene su origen en la creciente complejidad de estas actividades y en las ventajas que derivan de la especialización y división del trabajo".

En cuanto a la responsabilidad por deudas, la normativa (artículo 11) establece que la sociedad responderá con todo su patrimonio por las deudas sociales, restringiendo la responsabilidad de los socios a lo determinado conforme a las reglas de la forma social adoptada. -en este caso sociedad limitada-. Sin embargo, cuando se trate de responsabilidad por actos profesionales, van a responder tanto la sociedad como los socios actuantes, aplicándoseles las reglas generales de responsabilidad contractual y extracontractual.

Conforme a lo dispuesto en el art. 5.2 de la Ley 2/07, de 15 de marzo "Los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales contemplada en el artículo 11 de esta Ley.". Y el art. 11.3 establece que "Las sociedades

profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social."

Como decíamos en nuestra sentencia 171/2016, de 3 de marzo "La Jurisprudencia de esta Sala, a propósito de la responsabilidad civil subsidiaria regulada en el artículo 120.4 del Código Penal ha expuesto 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.

En efecto, la responsabilidad subsidiaria " in re ipsa", tiene su razón de ser en el principio de derecho de quien obtiene beneficios de un servicio que se le presta por otro, debe soportar también los daños,

siendo patente la evolución del fundamento de esta responsabilidad que de estimarse en caso de culpa in eligendo o in vigilando, hoy día se estima más próxima a una responsabilidad objetiva”

De formas similar se pronunciaba la sentencia del TS de 19 de junio de 2005, al decir *“según la doctrina de esta Sala, para que proceda declarar la responsabilidad civil subsidiaria en el caso del artículo 120.4 del Código Penal, es preciso de un lado, que entre el infractor y el responsable civil se haya dado un vínculo jurídico o de hecho, en virtud del cual el autor de la infracción que se sanciona haya actuado bajo la dependencia del segundo, o al menos, la actividad desarrollada por él haya contado con su anuencia o conformidad; y de otro lado, que el delito que genera la responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones desarrolladas por el infractor, perteneciendo a su ámbito de actuación. Por lo demás, la interpretación de estos parámetros de imputación se hace con amplitud, no solo según los criterios de la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, sino también, y muy especialmente, conforme a la teoría de la creación del riesgo, 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 nº 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 delincuente 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 mencionada más arriba.

Requisitos que se cumplen en este caso, donde el acusado José Miguel C. R. actuó en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, y bajo la dependencia del despacho profesional para el que trabajaba, que fue, asimismo, beneficiario de su actuación, como se deduce de la propia factura y su reclamación en el procedimiento civil, no a título personal del acusado, sino en nombre de la sociedad profesional a la que pertenecía, estando estructuradas las funciones de sus distintos componentes, actuando el acusado bajo la dependencia del jefe de su departamento, en este caso laboral, que a su vez dependía de otro jerárquicamente superior etc..., según manifestaciones de Francisco J. Guerrero y Antonio Fernández.

Dichos fundamentos son aplicables para la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de la empresa DCOOP, absorbente de Acyco, respecto de las ayudas concedidas a tal empresa y a la presidenta del consejo de administración, debiendo remitirnos a lo ya indicado en nuestro auto resolutorio de cuestiones previas sobre la desestimación de la alegación de falta de competencia de este Tribunal para conocer sobre la responsabilidad civil reclamada en el presente procedimiento y de la solicitud de inhibición a favor de la jurisdicción contable, en virtud de lo dispuesto en la L.O. del Tribunal de Cuentas.

Nos encontramos con una responsabilidad civil ex-delicto exigible de conformidad con lo dispuesto en el art. 120.4 del Código Penal, derivada de la actuación de los acusados, 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 profesionales 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 Encarnación P. y Gabriel B., 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.

Para la determinación del quantum indemnizatorio a establecer, debemos tener en cuenta el importe de las primas de seguros abonadas (581, 582, 581-2), no el de la subvención excepcional al haber sido restituido los 82.215 abonados por la Junta de Andalucía por la sociedad DCOOP, al ser de aplicación el art. 1145 del Código Civil. A dicho importe se establece el límite máximo de lo pedido por el Mº Fiscal, declarando responsables solidarios los acusados que han colaborado con su actuación a la consecución de dichas distracciones ilegales de dinero público, sin tener en cuenta otras sumas que exceden de dicho límite y

que no se han tenido en cuenta en la acusación formulada (factura de Vitalia por estudios actuariales, mayor pago de primas y mayor importe de las pólizas contratadas).

Siguiendo estos criterios, debemos condenar a los acusados a indemnizar conjunta y solidariamente a la Junta de Andalucía en las siguientes cantidades y hasta el límite que se les impone:

A Antonio Fernández García, 2.951.410,84 euros

A Encarnación P. M., 2.951.410,84 más 24.542,21 euros

A José Miguel C. R., 2.951.410,84 euros

A Gabriel B. R., 2.951.410,84 euros

A Antonio A. M., 2.951.410,84 más 24.542,21 euros

A Jesús María B. R., 223.052,91 euros.

Como responsables civiles subsidiarias debemos condenar a:

Garrigues S.L.P. de la cantidad exigida al acusado José Miguel C. R. y a la sociedad DCOOP de las cantidades exigidas a Encarnación P. M. y Gabriel B. R..

DÉCIMOSÉPTIMO.- Conforme a los arts 109 y ss, y 123 y 124 del Código Penal y 239 de la L.E.Cr., procede condenar a los acusados al pago de las costas procesales, en proporción a los delitos por los que son condenados en relación con el número de los que eran objeto de acusación por parte del Mº Fiscal y acusación popular al ser superior al

del escrito de acusación particular, declarando de oficio la parte de los absueltos.

En la condena al pago de las costas se incluyen las de la acusación particular en la misma proporción que se señale a cada uno de los condenados, no así las de la acusación popular, siguiendo los criterios establecidos por el TS, que podemos resumir conforma a la sentencia de fecha 2 de abril de 2.004 en los siguientes: "1) *La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular (artículo 124 del Código Penal de 1.995).* 2) *La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 26-11-1.997, 16-7-1.998, 23-3-1.999, 15-9-1.999, 12-9-2.000 y 1.429/2.000).* 3) *La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la Sentencia.* 4) *Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (Sentencia del Tribunal Supremo de 16-7-1.998, entre otras).* 5) *La condena en costas no incluye las de la acción popular (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1.995, 2 de febrero de 1.996, y 15 de abril de 2.002)".*

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Debemos condenar y condenamos a **ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA** 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 **JUAN MÁRQUEZ CONTRERAS** 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 **ENCARNACIÓN P. M.** 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 **JOSÉ C. R.** 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 **GABRIEL B. R.** 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 **ANTONIO A. M.** 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 **JESÚS MARÍA B. R.** 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 José Miguel C. R..

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 Encarnación P. M. y Cabriel B. R..

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

Debemos Absolver y absolvemos a **DANIEL ALBERTO RIVERA GÓMEZ** de los delitos de malversación de caudales públicos, prevaricación y falsedad de los que venía acusado.

Debemos absolver y absolvemos a **AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR** de los delitos de prevaricación y falsedad de los que venía acusado.

Debemos absolver y absolvemos a **MIGUEL ÁNGEL SERRANO AGUILAR** del delito de prevaricación y delito continuado de malversación de caudales públicos de los que venía acusado.

Debemos absolver y absolvemos a **Antonio Fernández García y Encarnación P. M.** del delito de tráfico de influencias del que venían acusados.

Debemos absolver y absolvemos a **Jesús María B. R.** del delito de prevaricación del que venía acusado.

Debemos declarar extinguida la responsabilidad penal de **FRANCISCO JAVIER GUERRERO BENÍTEZ** y **ANDRÉS C. M..**

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.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. La Ilma. Sra. Magistrada Dña. María Dolores Sánchez García, votó en Sala, pero no pudo firmar, haciéndolo en su propio nombre y en el de la citada Magistrada, el Presidente de este Tribunal, conforme a los artículos 261 de la LOPJ y 204 de la LEC. Doy fe.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido publicada en el día de su fecha. Doy fe.