



Roj: **STS 3758/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3758**

Id Cendoj: **28079120012022100809**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2022**

Nº de Recurso: **4127/2020**

Nº de Resolución: **813/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 813/2022**

Fecha de sentencia: 14/10/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4127/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4127/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 813/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 14 de octubre de 2022.



Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados D. Eloy y D. Eutimio, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, de fecha 8 de mayo de 2020, que los condenó por delitos de falsedad en concurso medial con un delito de estafa, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados, respectivamente, por el Procurador D. Pablo Hornedo Muguero y bajo la dirección Letrada de D. Enrique Salvador Olea y por la Procuradora Dña. Elena Cristina Arboledas Sánchez y bajo la dirección Letrada de D. Daniel Andrés Tinoco Vergel, y la Acusación Particular "Dragados, S. A.", representada por el Procurador D. Federico Pinilla Romeo y bajo la dirección Letrada de D. Miguel Delgado Durán. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla incoó Procedimiento Abreviado con el nº 25/15 contra Eloy, Eutimio y otros, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, que con fecha 8 de mayo de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados: "Se considera probado y así expresamente se declara: PRIMERO.- El acusado Eloy, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, como empleado de la mercantil "Dragados, S.A.", ocupó el puesto de Delegado territorial en Andalucía Occidental, Sección de Edificación, desde el año 2001 hasta el día 25 de noviembre de 2009. Aprovechando las importantes facultades de decisión y gestión que le otorgaba tan alto rango, y guiado por el propósito de enriquecerse, Eloy ideó y puso en marcha un plan orientado a provocar que DRAGADOS realizara importantes desembolsos de dinero por obras que, en verdad, no se realizaban o que, realizándose, eran ajenas al objeto social o interés de la empresa y redundaban en provecho particular del acusado, con el consiguiente incremento de su patrimonio. Una de las dinámicas comisivas utilizada fue simular la realización de ampliaciones de obra sobre adjudicaciones previas de DRAGADOS con terceras entidades, de manera que, estando ya finalizada e íntegramente ejecutada una concreta obra y, por tanto, en periodo de garantía, se ponía en marcha una contratación adicional ficticia sobre cualquier base que pudiera justificarla, como podía ser la existencia de deficiencias necesitadas de urgente reparación. En otras ocasiones, se compraban a nombre y por cuenta de DRAGADOS suministros que se aparentaban como destinados a una obra de la empresa y, sin embargo, eran desviados hacia una obra particular o a usos distintos de los originales. DRAGADOS tenía establecido al tiempo de los hechos un sistema interno para el pago de las distintas facturas a terceros, proveedores y subcontratistas que, en esencia, exigía: a) un contrato válidamente firmado, o ampliación de uno anterior, con arreglo al cual se iban facturando posteriormente los trabajos realizados y los suministros recibidos conforme a las certificaciones de obra; b) la firma del Jefe de Obra dando validez a la factura; c) la firma del departamento de administración; y d) la firma final del Delegado. Dado que los desembolsos en un expediente o contrato necesariamente debían articularse a través del pago de facturas, la dinámica comisiva pergeñada por el acusado precisaba de la introducción en el sistema informático de la empresa de contratos, albaranes y facturas ficticias como documentación instrumental. De ahí que fuera obligado el concurso de todas las categorías concernidas en el proceso ordinario para la elaboración, formalización, fiscalización y firma de tales instrumentos; a saber, Delegado territorial, Jefe de Obra y contratista o subcontratista. Plasmadas las firmas pertinentes, tanto en la factura como en el contrato o documentación de respaldo, se generaba un pago por DRAGADOS revestido de apariencia legítima. Para superar los filtros de ese sistema, el Sr. Eloy hubo de recabar la imprescindible colaboración de dos subordinados de la Delegación Territorial, Jefes de Obra de DRAGADOS adscritos a la Sección de Edificación: el acusado Eutimio, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, y el también acusado Mateo, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, que a la sazón era Coordinador de Obras. También contó con la participación de dos subcontratistas que trabajaban habitualmente para DRAGADOS: el acusado Norberto, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, administrador único de la mercantil "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L."; y el también acusado Primitivo, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, administrador único de la mercantil "Reformas Ortiz, S.L.". SEGUNDO.- Hechos relativos a la sede del Parlamento de Andalucía. DRAGADOS fue adjudicataria de las obras de rehabilitación de la edificación "Hospital de las Cinco Llagas", en la ciudad de Sevilla, sede del Parlamento de Andalucía, que concluyeron en el año 2004. En desarrollo del plan expuesto, el acusado Eloy decidió simular la necesidad de reparaciones urgentes en la sede del Parlamento. Para ello, en connivencia con el acusado Eutimio, elaboró el día 13 de mayo de 2008 una nota manuscrita dirigida a este último haciendo constar que había recibido una queja de filtraciones en el sótano para que se procediera a su reparación: " Jose María, ponte en contacto con Jose María Barrera. En el "Parlamento" hay una queja de filtraciones en el sótano (instalaciones). Ya me cuentas cuales son los problemas. (no digas si correspondo o no hacer nada). J. A. Víboras dice que es urgente". Posteriormente, Eutimio remitió a Eloy diversas notas manuscritas, que fueron recibidas por este último con su firma, abundando en la realidad de



los desperfectos y en la necesidad de llevar a cabo las reparaciones; notas que incluían croquis y documentos de mediciones, en uno de los cuales el Sr. Eloy firmó y escribió "Reparar". Los desperfectos ficticios que aparentaban estas comunicaciones justificaron que el día 7 de agosto de 2008 se firmara el contrato de obra núm. 625/08 entre "Dragados, S.A.", representada por el acusado Eloy, y "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", representada por el acusado Norberto, referente a obras de reparación en Los Patios, del Hospital de las Cinco Llagas, sede del Parlamento de Andalucía. Posteriormente, con objeto de incluir nuevas unidades de obra, los acusados firmaron tres modificaciones de ese contrato núm. 625/08: modificación de fecha 23 de octubre de 2008, modificación de fecha 8 de enero de 2009 y, finalmente, modificación de fecha 10 de febrero de 2009. Enlazadas con esos contratos, el acusado Norberto emitió facturas que, observando el régimen interno de la empresa, una vez firmadas por los acusados Eutimio y Eloy, fueron pagadas por "Dragados, S.A." bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo. Así: - Factura 039-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 14/10/08, por importe de 63.131,15 euros, pagada por "Dragados, S.A." el 3 de noviembre de 2008. - Factura 042-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 14/11/08, por importe de 21.986,78 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 1 de diciembre de 2008. - Factura 047-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 11/12/08, por importe de 31.949,42 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 16 de enero de 2009. - Factura 03-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 06/02/09, por importe de 65.553,86 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 2 de marzo de 2009. - Factura 010-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 13/03/09, por importe de 38.267,86 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 27 de marzo de 2009. De la misma forma, simulando los acusados Eloy y Eutimio la necesidad de hacer nuevas reparaciones en la misma edificación, se firmó el contrato de obra núm. 334/09, de fecha 27 de marzo de 2009, entre "Dragados, S.A." y "Reformas Ortiz, S.L." referente a obras de reparación de alcantarillados en el Hospital de las Cinco Llagas, firmando los acusados Sr. Eloy y el acusado Primitivo en la respectiva representación de ambas mercantiles. Enlazada con ese contrato, el acusado Primitivo, en nombre de "Reformas Ortiz, S.L.", emitió la factura 5/2009, de fecha 20 de diciembre de 2009, por importe de 54.362,26 euros, que fue pagada por "Dragados, S.A." el día 10 de junio de 2009 bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo. Por todos esos trabajos en el Parlamento, en verdad inexistentes, "Dragados, S.A." pagó a "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." la suma total de 220.889,07 euros y a "Reformas Ortiz, S.L." la suma de 54.362,26 euros. Norberto y Primitivo no tuvieron intención de ocultar a DRAGADOS su conducta ni fueron conscientes de que pudieran causarle perjuicio económico. TERCERO.- Hechos relativos al hipódromo de la ciudad de Dos Hermanas. DRAGADOS fue adjudicataria de las obras del "Gran Hipódromo de Andalucía", construido en la ciudad de Dos Hermanas, que concluyeron en mayo de 2004. El día 22 de octubre de 2004 se firmó el acta de recepción definitiva de la obra por "Apuesta Mutua Andaluza, S.A.". Dentro del plan trazado, siguiendo las instrucciones dadas por Eloy, el día 27 de marzo de 2009 Eutimio simuló la existencia de desperfectos en los baños del hipódromo -atascos motivados por la presencia de restos sólidos procedentes de la obra- precisados de reparación urgente para así poder justificar la contratación de obras de reparación que pudieran facturarse a DRAGADOS. En orden a dar apariencia real a esos desperfectos inexistentes, Eutimio envió a Eloy una nota manuscrita del siguiente tenor literal: "*REFERENCIA: HIPÓDROMO DE DOS HERMANAS De Eutimio a Sr. Eloy. Fecha 26.02.2009 Atendiendo a la reclamación que me comentastes referente a la obra arriba indicada, me he personado en dichas instalaciones observando el abombamiento en los paramentos alicatados y en algunos casos la falta de los mismos con el peligro que supone el poder seguirse desprendiendo. Se observa el daño producido en zonas de premarcos de puertas de los servicios por atascos acaecidos en varias ocasiones se han intentado con varias empresas desatascar y me han comentado que seguramente sean problemas de atascos de materiales sólidos. Para tal reparación, se tendría que hacer una prueba de red y en último caso, levantar hasta dar con la avería. Para posteriormente reparar aquellos materiales levantados. A la espera de tus noticias Recibo en un saludo*" (sic.). A esa nota siguieron otras de fechas 2 y 11 de marzo de 2009, figurando en la primera la mención "*El coste se realizará de las partidas del anterior contrato*" y, en la segunda, una anotación en el ángulo inferior izquierdo realizada por el Sr. Eloy: "*déjate de rollos! reparar*". La apariencia así creada justificó la contratación de obras de reparación ficticias con la mercantil "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de manera que con fecha 27 de marzo de 2009 el acusado Norberto, como administrador de esta mercantil, firmó con el Sr. Eloy, que actuaba en representación de DRAGADOS, el contrato con número 282/09. Posteriormente, los mismos acusados firmaron dos modificaciones de ese contrato núm. 282/09 para incluir nuevas unidades de obra. Así, la modificación de fecha 21 de abril de 2009 y la modificación de fecha 8 de septiembre de 2009. Enlazadas con esos contratos fueron emitidas facturas que, observando el régimen interno de la empresa, una vez firmadas por los acusados Eutimio y Eloy, fueron pagadas por "Dragados, S.A." bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo. Así: - Factura 017-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 15/05/09, por importe de 67.723,88 euros, referente al contrato 282/09, pagada por "Dragados, S.A." el 2 de junio de 2009. - Factura 018-D de "Construcciones y Revestimientos Franca,



S.L.", de fecha 22/05/09, por importe de 54.699,78 euros, referente al contrato 282/09, pagada por "Dragados, S.A." el 10 de junio de 2009. - Factura 026-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 02/10/09, por importe de 24.714,54 euros, referente al contrato 282/09, pagada por "Dragados, S.A." el 23 de noviembre de 2009. Por tanto, "Dragados, S.A." pagó a "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por esos trabajos en el hipódromo, en verdad inexistentes, la suma total de 147.138,2 euros. Norberto no tuvo intención de ocultar a DRAGADOS su conducta ni fue consciente de que pudiera causarle perjuicio económico. CUARTO.- De los hechos relativos al chalet particular en la URBANIZACION000 de Conil de la Frontera. DRAGADOS resultó adjudicataria para la construcción de una promoción viviendas en la URBANIZACION000 " del término de San Roque (Cádiz). El Jefe de Obra en esa promoción fue el acusado Mateo . En época coetánea, el acusado Eloy y su esposa, Estefanía , se estaban construyendo un chalet en la CALLE000 núm. NUM000 de la URBANIZACION000 , término de Conil de la Frontera (finca registral NUM001 del Registro de la Propiedad de esa localidad), que formalmente pertenecía a la sociedad unipersonal "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L.", titulada como única partícipe por la Sr<sup>a</sup>. Estefanía . El acusado Eloy , con ánimo de enriquecerse y, con ello, también a la entidad mercantil de su esposa, la cual no conocía su conducta, decidió hacer un pedido de materiales a la entidad "Arance Cádiz, S.A." para el chalet particular en la urbanización de Roche y cargar su importe a DRAGADOS. Para ello, contó con la colaboración consciente del acusado Mateo , quien como Jefe de Obra de la promoción de "San Roque Club" se encargó, por orden del Sr. Eloy , de preparar el soporte necesario para que, solapando su destino verdadero, los materiales figuraran como servidos en dicha promoción. De esta forma, los materiales fueron entregados e instalados en el chalet de la CALLE000 NUM000 de la URBANIZACION000 , en Conil de la Frontera. Pese a que la entrega de los materiales fue documentada en siete albaranes, cada uno de los cuales generó la correspondiente factura, Mateo , con objeto de enmascarar el desvío, dio orden de anular las facturas y de dar de baja los albaranes del sistema informático de administración de la empresa. Asimismo, obligó a "Arance Cádiz, S.A." a agrupar el pedido en un único albarán, de fecha 20 de octubre de 2008, que incluyera determinados materiales hasta alcanzar el importe facturado y sirviera de soporte a una única factura, que fue emitida con la misma fecha, por importe de 31.092,22 euros, la cual recibió el "visto bueno" con sus respectivas firmas por parte del Jefe de Obra, Sr. Mateo , y del Delegado Sr. Eloy . Para poder contabilizar la factura, aprovechando que DRAGADOS y "Arance Cádiz, S.A." habían firmado un contrato de fecha 1 de marzo de 2006 para el suministro de materiales en la promoción de "San Roque Club", el acusado Sr. Eloy , en nombre de "Dragados, S.A.", firmó en fecha 5 de noviembre de 2008 con "Arance Cádiz, S.A." una modificación de ese primigenio contrato que tenía por objeto incluir nuevas unidades. Esa ampliación de contrato proporcionó la cobertura necesaria para que, superados todos los controles, DRAGADOS procediera al pago de la factura el 11 de marzo de 2009. No se ha constatado que la entidad "Easy Clima, S.L." realizara trabajos de climatización en la propiedad particular de "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L." en la URBANIZACION000 , en Conil de la Frontera, ni que la mercantil "Piscinas Gunisol, S.L." haya hecho trabajos en ese inmueble. QUINTO.- En los hechos objeto de acusación bajo el epígrafe " *De la defraudación relativa a Movimientos y Obras del Sur, S.L.*" únicamente se describe que los acusados validaban las facturas. El Sr. Eloy , como Delegado territorial de DRAGADOS, y el Sr. Mateo , como Jefe de Obra, dentro de sus respectivas responsabilidades en el funcionamiento normalizado de la empresa, tenían encomendada la firma de facturas, que era cometido obligado en el ejercicio de su trabajo. SEXTO.- No consta que el Sr. Mateo percibiera en metálico cantidades incrementadas artificiosamente en facturas relacionadas con la promoción de viviendas "San Roque Club" . SÉPTIMO.- El acusado Norberto se dirigió por escrito a "Dragados, S.A." hasta en cuatro ocasiones, mediante cartas manuscritas de fecha 27 de marzo de 2007, 18 de junio de 2007, 11 de febrero de 2008 y 2 de febrero de 2009, por tanto, con más de un año de antelación al inicio de los hechos que hemos relatado con anterioridad, comunicando, entre otros hechos y circunstancias, que estaba firmando contratos que no se correspondían con los trabajos que hacía; que el Delegado territorial, Eloy , le decía, bien directamente o a través de Eutimio , que esa era la única forma de que pudiera cobrar las obras; que debía pagar comisiones que, según le decían, eran beneficiosas para mantener la contratación de DRAGADOS; y que en algunas facturas debía incrementar el 62% de su importe. OCTAVO.- Los acusados Eutimio , Mateo , Norberto y Primitivo , desde las primeras investigaciones que llevó a cabo "Dragados, S.A." a través de una auditoría interna en la Delegación territorial, colaboraron para esclarecer los hechos que finalmente denunció la empresa ante el Juzgado, manteniendo esa postura durante todo el proceso al haber admitido la realidad de los hechos y sus concretas conductas desde sus primeras declaraciones ante el Juzgado de Instrucción y posteriormente ante este Tribunal en el acto de juicio oral. NOVENO.- La causa ha tenido retrasos imputables a la localización del acusado Eloy . Así: - El día 30 de abril de 2010, Eloy fue citado para que compareciera ante el Juzgado el día 20 de octubre de 2010 a fin declarar como investigado; señalamiento, luego pospuesto para el 21 de enero de 2011, al que no compareció. - Fue nuevamente citado para el día 10 de abril de 2013. Ante su nueva e injustificada incomparecencia, se acordó su detención por auto de 12 de abril de 2013, la cual se practicó el 29 de abril siguiente. - En auto de libertad provisional de la misma fecha se impuso a Eloy la obligación de comparecer quincenalmente ante el Juzgado. - Por providencia de 25 de abril de 2016, ante el ignorado paradero de Eloy y su incumplimiento de la obligación de comparecencia periódica, se acordó





la averiguación de su domicilio y paradero mediante requisitoria a nivel nacional. - Dictado auto de apertura de juicio oral el 20 de enero de 2017, y al resultar infructuosa la citación librada mediante burofax al nuevo domicilio que, en respuesta a la requisitoria, había facilitado la Guardia Civil, para que el Sr. Eloy compareciera ante el Juzgado el día 20 de febrero de 2017 a efectos de notificación personal y emplazamiento, se dictó providencia de 2 de marzo de 2017 acordando citar personalmente. - Al resultar también infructuosa, el Juzgado dictó auto de 6 de abril de 2017 acordando nuevamente la búsqueda y detención del acusado Sr. Eloy, librándose requisitoria judicial.- Por providencia de 12 de agosto de 2017 el Juzgado acordó elevar la causa a esta Audiencia Provincial, sin perjuicio de conservar el pertinente testimonio en espera de que fructificara la orden de detención del acusado. - El día 2 de noviembre de 2017 el acusado Eloy fue finalmente detenido. Solo entonces pudieron cumplimentarse los actos de comunicación de ineludible carácter personal".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS: "1.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Eloy como autor penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada por la cuantía de la defraudación, que han sido definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de PRISIÓN DE CUATRO AÑOS Y NUEVE MESES, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE ONCE MESES con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria, para caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias que no fueren satisfechas. 2.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Eutimio como cooperador necesario de un delito continuado de falsedad en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada por la cuantía de la defraudación, que han sido definidos, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE TRES MESES con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria, para caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias que no fueren satisfechas. 3.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Mateo como cooperador necesario de un delito de falsedad en concurso medial con un delito de estafa, que han sido definidos, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de PRISIÓN DE OCHO MESES, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE DOS MESES con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria, para caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias que no fueren satisfechas. 4.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Norberto, como cómplice de un delito continuado de falsedad que ha sido definido, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de PRISIÓN DE CUATRO MESES y MULTA DE DOS MESES con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria, para caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias que no fueren satisfechas. 5.- Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Primitivo, como cómplice penalmente responsable de un delito de falsedad, concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de Entendemos moderada, equitativa y justa la pena de PRISIÓN DE CUATRO MESES y MULTA DE DOS MESES con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria, para caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias que no fueren satisfechas. 6.- CONDENAMOS: A).- A Eloy a indemnizar a "Dragados, S.A." en la suma de 453.481,75 euros; responsabilidad que será solidaria con los restantes condenados en el tramo de responsabilidad que a cada uno se les impone en esta sentencia. B).- A Eutimio a indemnizar a "Dragados, S.A." en la suma de 422.389,53 euros de forma solidaria con Eloy. C).- A Mateo a indemnizar a "Dragados, S.A." en la suma de 31.092,22 euros de forma solidaria con Tomás. 7.- ABSOLVEMOS a Norberto y a Primitivo del delito de estafa continuada por el que vienen acusados. 8.- CONDENAMOS a "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L.", como tercero responsable a título lucrativo, a indemnizar a "Dragados, S.A.", de forma solidaria con Eloy y Mateo, en la suma de 31.092,22 euros. 9.- CONDENAMOS: - A Eloy, Eutimio y Mateo a abonar, cada uno de ellos, las 2/10 partes de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular. - A Norberto y Primitivo a abonar, cada uno de ellos, 1/10 parte de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular. - Declaramos de oficio 2/10 partes de las costas procesales. Esta sentencia no es firme y cabe interponer contra ella recurso de casación que deberá prepararse en el plazo de CINCO DIAS a contar desde la última notificación".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por las representaciones de los acusados D. Eloy y D. Eutimio, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.



**CUARTO.-I.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Eloy**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y artículo 5.4 de la L.O.P.J, por infracción del principio constitucional y derecho fundamental a la presunción de inocencia recogido en el artículo 24.2 de la Constitución Española. Segundo.- Al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por error en la valoración de la prueba documental, en concreto en los documentos obrantes en la causa a los folios 53 a 56 y 104. No se formula. Tercero.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por errónea aplicación del artículo 248.1, 250.6 y 77 del Código Penal. Cuarto.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por errónea aplicación del artículo 392 en relación con el artículo 390.1.2º y 77 del Código Penal. Quinto.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por indebida aplicación del artículo 74.1 del Código Penal. Sexto.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por errónea aplicación del artículo 115 del Código Penal. Séptimo.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación de la atenuante recogida en el artículo 21.6 del Código Penal, con el carácter de muy cualificada, o subsidiariamente como simple. Octavo.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por errónea aplicación del artículo 66 del Código penal, en relación al principio de proporcionalidad recogido en el artículo 15 de la C.E., y principio non bis in ídem, integrado en el principio de legalidad recogido en el artículo 25.1 de la Constitución Española. No se formula. Noveno.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de los artículos 77 del Código Penal en relación al concurso medial de delitos, en redacción dada por la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, en relación con el artículo 66 y 72 del meritado Código Penal.

**II.-** El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Eutimio**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN: Primero.- Se formula al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, por cuanto la sentencia recurrida infringe el derecho fundamental a la presunción de inocencia que consagra nuestra Constitución Española en su artículo 24, número 2, en relación con el artículo 53, número 1, del propio Texto Constitucional. Segundo.- Se formula al amparo de lo dispuesto en el art. 849 de la LECRIM, en su número primero, por infracción de precepto legal, al haberse aplicado indebidamente el artículo 392 en relación con los arts. 390.1, 2º y 74, así como de los artículos 248.1 y 250.6 del Código Penal por cuanto, a la condena impuesta, así como la no apreciación de las circunstancias eximentes en sentencia conforme a los artículos 14.1, 20.5, 20.6 y del Código Penal. Tercero.- Infracción de Ley al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos obrantes en las actuaciones y aportados a los autos del procedimiento.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, apoyó el motivo sexto de Eloy e inadmitió todos los demás motivos de los dos recursos y subsidiariamente los impugnó, dándose igualmente por instruida la representación de la Acusación Particular quien impugnó los dos recursos y subsidiariamente solicitó su desestimación.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 13 de octubre de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por las representaciones procesales de Eloy y Eutimio frente a la sentencia 145/2020, de 8 de mayo de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla.

RECURSO DE Eloy

**SEGUNDO.-** 1.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Se centra la queja casacional en dos aspectos:

1.- "No se puede considerar acreditado que entre las facultades de decisión y gestión de las que disponía como delegado territorial de DRAGADOS SA no se incluyeran las de contratar determinadas obras de favor que la sentencia califica como actos de disposición respecto de los que el Sr. Eloy "carecía de facultades para decidir unilateralmente a espaldas de los órganos de administración".

2.- Del mismo modo se condena al Sr. Eloy de apropiarse del 62% del importe de determinadas facturas sin haber prueba alguna de ello."

El recurrente ha sido condenado como autor penalmente responsable de un delito continuado de falsedad en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada por la cuantía de la defraudación, que han sido definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de



PRISIÓN DE CUATRO AÑOS Y NUEVE MESES, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE ONCE MESES con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria, para caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias que no fueren satisfechas.

La parte recurrente lo que cuestiona es la valoración probatoria, pero se ha examinado la concurrencia de la mínima actividad probatoria de cargo, y lo que impugna del Tribunal, en realidad, es el proceso valorativo, cuando se ha destacado la existencia de prueba bastante, debidamente admitida y practicada.

Se infringe con tal proceder, una ya reiterada doctrina expuesta al efecto tanto por el Tribunal Constitucional como por esta Sala, en orden a que lo que se debe poner de manifiesto es la ausencia de pruebas de tales características; pero que, una vez constatada en la causa la existencia de dicha prueba, no cabe, en modo alguno, por vía casacional, combatir la valoración probatoria efectuada por el órgano jurisdiccional de instancia en uso y atribución de las facultades privativas ( artículo 117.3 de la Constitución) propias de su función y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El derecho a la presunción de inocencia invocado está configurado como regla de juicio que prohíbe ser condenado sin que se hayan producido pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el iter discursivo ( STC 68/2010, de 18 de octubre, Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, SSTC 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a)-, ó 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-). La STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas.

Sintetizando su doctrina, puede decirse que se lesionará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena:

- a) en ausencia de pruebas de cargo;
- b) con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales;
- c) con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías;
- d) sin motivar la convicción probatoria;
- e) sobre la base de pruebas insuficientes; o
- f) sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente. Hay que añadir que esa actividad probatoria lícita, suficiente, de cargo y motivada ha de venir referida a todos los elementos del delito, tanto los objetivos como los subjetivos.

De esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aunque sin ignorar que no son compartimentos estancos, sino que hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- las quejas vertidas se refieren a la insuficiencia tanto de la prueba como de la motivación fáctica: ausencia de una justificación de la certeza de la Sala convincente y concluyente.

La ausencia de motivación fáctica es algo más que un defecto formal; puede ser también la exteriorización de deficiencias en el proceso de valoración probatoria y decisión, de quebras en la lógica del razonamiento que no solo se subsanarán en ocasiones con el enriquecimiento de la fundamentación fáctica de la sentencia, sino eventualmente con una decisión distinta resultante de la disciplina mental motivadora. Esta es mucho más que un deber de "cortesía" con las partes. Es una de las garantías, si no necesariamente del acierto de la decisión, al menos sí de que no es arbitraria. Al mismo tiempo es fórmula idónea para minimizar los desaciertos.

No es necesario remontarse a un análisis de los fundamentos de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales o la evolución experimentada sobre este punto a nivel legislativo, doctrinal y, especialmente en la praxis judicial. Detrás de la exigencia de motivación se detecta la necesidad de que el justiciable -en primer lugar- y también la Sociedad, conozcan las razones que han determinado la decisión judicial que de esa forma aparece como un fruto del raciocinio y no como algo arbitrario o producto exclusivo de la voluntad. Se consigue así tanto que el afectado por la resolución tenga la posibilidad de combatirla con eficacia, pudiendo rebatir sus argumentaciones como que, eventualmente, el órgano llamado a revisarla por vía de recurso, pueda ejercer una labor de auténtico control o fiscalización de la decisión. Esa tarea no sería factible o se dificultaría en extremo si no se exteriorizasen las razones de la decisión. Además, el deber de motivación ejerce también una función disciplinaria del proceso mental decisorio.

Pues bien, la queja en torno a la reclamada por el recurrente inexistencia de prueba de cargo incide en que:



- 1.- No se puede dar por probado qué limitaciones concretas estaban previstas para el ejercicio de sus facultades de "decisión y gestión".
- 2.- Que nada se ha probado que permita concluir que el Sr. Eloy se excediera en sus funciones o competencias al decidir la ejecución de obras a favor de trabajadores, personal allegado a DRAGADOS, SA y de clientes de la propia empresa.
- 3.- La ejecución de obras de favor era una práctica desarrollada por DRAGADOS SA, tal y como fue reconocida en manifestaciones por las personas que cita.
- 4.- En base a tan destacada autoridad corporativa el Sr. Eloy tuviera facultades para decidir la ejecución de obras de favor, siendo una más de ellas, de las que la empresa acometía a cuenta de sus empleados, directivos y clientes importantes, y él lo era si no el que más en su delegación al decir de todos los testimonios recabados.
- 5.- No existe la más mínima constancia de que al tomar esta decisión de obras en el chalet del Sr. Eloy en URBANIZACION000 , o la de que se acometiesen otras obras de favor, el Sr. Eloy se excediera en sus funciones, lo hiciera a espaldas de los órganos de administración o que incumpliera la obligación de poner dichas decisiones en conocimiento de los órganos rectores o de recabar su consentimiento, sin que se haya probado que efectivamente le incumbían dichas obligaciones y las desatendió.
- 6.- Que al responsable de auditoria no le constaran que existieran obras de favor no es sinónimo de que no existieran tales obras.
- 7.- No ha habido prueba de que efectivamente alguno de los Sres Primitivo , Norberto y Eutimio entregara o hiciera llegar al Sr Eloy importe alguno con ocasión de alguna de sus respectivas contrataciones con DRAGADOS SA.
- 8.- La implicación los hechos del Sr. Eloy se fundamenta en las "manifestaciones de subordinados y contratistas, también acusados" (f. 36 de la sentencia).
- 9.- Lo pone en duda en base a la tesis jurisprudencial de las cautelas de las declaraciones de los coimputados.
- 10.- Deben reputarse inválidas a los efectos de considerar como eficaz prueba de cargo las declaraciones de los acusados, Sr. Eutimio , Sr. Primitivo y Sr Norberto , que se retroalimentan entre ellas para señalar al Sr. Eloy como artífice de un plan para lucrarse con los sobrecostes que representaron las facturas pagadas a "Construcciones y Revestimientos Franca SL" y a "Reformas Ortiz SL ". Como hemos expuesto a lo largo de este motivo, no hay ningún testimonio o documento que sostenga que alguno de los tres referidos acusados entregara al Sr. Eloy los importes de tales sobrecostes.
- 11.- Los contratos suscritos entre DRAGADOS SA y "Construcciones y Revestimientos Franca SL" y "Reformas Ortiz SL" de los que trajeron causa la emisión de la facturas pagadas con un sobrecoste, no son hábiles para corroborar la veracidad de las imputaciones que los tres acusados vierten sobre el SR. Eloy y no pueden más que acreditar el modo en el que DRAGADOS SA contrataba las obras de favor.
- 12.- Se ha probado que el Sr. Eloy no tenía obligación de ir a las obras, y que era del todo ajeno a los contactos con los subcontratistas, y que entre sus funciones autorizaba con su firma los contratos o pago de facturas, pero siempre sobre la base de la confianza -y no de la sospecha- del trabajo previo del Sr. Eutimio y el resto de intervinientes en el proceso de contratación y pago de conformidad con los protocolos de los que disponía DRAGADOS SA.
- 13.- Los tres no tuvieron más que intentar eludir su responsabilidad promoviéndola hacia el superior jerárquico del primero, igual que pudieron hacerlo hacia cualquier otra persona del staff directivo de DRAGADOS SA que interviniera en el proceso de contratación y pagos o de su control. Pero lo único que se puede considerar como cierto es que el importe de los pagos en liza fue hecho efectivo por el Sr. Primitivo y el Sr. Norberto y que estos lo compartieron con el Sr. Eutimio .
- 14.- No se ha practicado prueba que posibilite la condena del Sr. Eloy por los hechos por los que ha sido sentenciado ni se puede considerar a tal efecto las declaraciones inculpativas del Sr. Eutimio , Sr. Primitivo y Sr Norberto contra el SR. Eloy , ni estas se pueden considerar corroboradas por los contratos y resto de documental unida a la causa.

Ante esta queja de ausencia de prueba de cargo debemos apuntar los hechos probados fijados en la sentencia condenatoria en lo que afecta al recurrente, a saber:

*"El acusado Eloy , de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, como empleado de la mercantil "Dragados, S.A.", ocupó el puesto de Delegado territorial en Andalucía Occidental, Sección de Edificación, desde el año 2001 hasta el día 25 de noviembre de 2009.*





Aprovechando las importantes facultades de decisión y gestión que le otorgaba tan alto rango, y guiado por el propósito de enriquecerse, Eloy ideó y puso en marcha un plan orientado a provocar que DRAGADOS realizara importantes desembolsos de dinero por obras que, en verdad, no se realizaban o que, realizándose, eran ajenas al objeto social o interés de la empresa y redundaban en provecho particular del acusado, con el consiguiente incremento de su patrimonio.

Una de las dinámicas comisivas utilizada fue simular la realización de ampliaciones de obra sobre adjudicaciones previas de DRAGADOS con terceras entidades, de manera que, estando ya finalizada e íntegramente ejecutada una concreta obra y, por tanto, en periodo de garantía, se ponía en marcha una contratación adicional ficticia sobre cualquier base que pudiera justificarla, como podía ser la existencia de deficiencias necesitadas de urgente reparación. En otras ocasiones, se compraban a nombre y por cuenta de DRAGADOS suministros que se aparentaban como destinados a una obra de la empresa y, sin embargo, eran desviados hacia una obra particular o a usos distintos de los originales.

DRAGADOS tenía establecido al tiempo de los hechos un sistema interno para el pago de las distintas facturas a terceros, proveedores y subcontratistas que, en esencia, exigía: a) un contrato válidamente firmado, o ampliación de uno anterior, con arreglo al cual se iban facturando posteriormente los trabajos realizados y los suministros recibidos conforme a las certificaciones de obra; b) la firma del Jefe de Obra dando validez a la factura; c) la firma del departamento de administración; y d) la firma final del Delegado.

Dado que los desembolsos en un expediente o contrato necesariamente debían articularse a través del pago de facturas, la dinámica comisiva pergeñada por el acusado precisaba de la introducción en el sistema informático de la empresa de contratos, albaranes y facturas ficticias como documentación instrumental. De ahí que fuera obligado el concurso de todas las categorías concernidas en el proceso ordinario para la elaboración, formalización, fiscalización y firma de tales instrumentos; a saber, Delegado territorial, Jefe de Obra y contratista o subcontratista. Plasmadas las firmas pertinentes, tanto en la factura como en el contrato o documentación de respaldo, se generaba un pago por DRAGADOS revestido de apariencia legítima.

Para superar los filtros de ese sistema, el Sr. Eloy hubo de recabar la imprescindible colaboración de dos subordinados de la Delegación Territorial, Jefes de Obra de DRAGADOS adscritos a la Sección de Edificación: el acusado Eutimio, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, y el también acusado Mateo, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, que a la sazón era Coordinador de Obras.

También contó con la participación de dos subcontratistas que trabajaban habitualmente para DRAGADOS: el acusado Norberto, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, administrador único de la mercantil "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L."; y el también acusado Primitivo, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, administrador único de la mercantil "Reformas Ortiz, S.L."

**SEGUNDO.- Hechos relativos a la sede del Parlamento de Andalucía.**

DRAGADOS fue adjudicataria de las obras de rehabilitación de la edificación "Hospital de las Cinco Llagas", en la ciudad de Sevilla, sede del Parlamento de Andalucía, que concluyeron en el año 2004.

En desarrollo del plan expuesto, el acusado Eloy decidió simular la necesidad de reparaciones urgentes en la sede del Parlamento. Para ello, en connivencia con el acusado Eutimio, elaboró el día 13 de mayo de 2008 una nota manuscrita dirigida a este último haciendo constar que había recibido una queja de filtraciones en el sótano para que se procediera a su reparación:

" Jose María, ponte en contacto con P. Barrera. En el "Parlamento" hay una queja de filtraciones en el sótano (instalaciones). Ya me cuentas cuales son los problemas. (no digas si correspondo o no hacer nada). J. A. Víboras dice que es urgente".

Posteriormente, Eutimio remitió a Eloy diversas notas manuscritas, que fueron recibidas por este último con su firma, abundando en la realidad de los desperfectos y en la necesidad de llevar a cabo las reparaciones; notas que incluían croquis y documentos de mediciones, en uno de los cuales el Sr. Eloy firmó y escribió "Reparar".

Los desperfectos ficticios que aparentaban estas comunicaciones justificaron que el día 7 de agosto de 2008 se firmara el contrato de obra núm. 625/08 entre "Dragados, S.A.", representada por el acusado Eloy, y "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", representada por el acusado Norberto, referente a obras de reparación en Los Patios, del Hospital de las Cinco Llagas, sede del Parlamento de Andalucía.

Posteriormente, con objeto de incluir nuevas unidades de obra, los acusados firmaron tres modificaciones de ese contrato núm. 625/08: modificación de fecha 23 de octubre de 2008, modificación de fecha 8 de enero de 2009 y, finalmente, modificación de fecha 10 de febrero de 2009.



Enlazadas con esos contratos, el acusado Norberto emitió facturas que, observando el régimen interno de la empresa, una vez firmadas por los acusados Eutimio y Eloy, fueron pagadas por "Dragados, S.A." bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo.

Así:

- Factura 039-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 14/10/08, por importe de 63.131,15 euros, pagada por "Dragados, S.A." el 3 de noviembre de 2008.

- Factura 042-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 14/11/08, por importe de 21.986,78 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 1 de diciembre de 2008.

- Factura 047-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 11/12/08, por importe de 31.949,42 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 16 de enero de 2009.

- Factura 03-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 06/02/09, por importe de 65.553,86 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 2 de marzo de 2009.

- Factura 010-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 13/03/09, por importe de 38.267,86 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 27 de marzo de 2009.

De la misma forma, simulando los acusados Eloy y Eutimio la necesidad de hacer nuevas reparaciones en la misma edificación, se firmó el contrato de obra núm. 334/09, de fecha 27 de marzo de 2009, entre "Dragados, S.A." y "Reformas Ortiz, S.L." referente a obras de reparación de alcantarillados en el Hospital de las Cinco Llagas, firmando los acusados Sr. Eloy y el acusado Primitivo en la respectiva representación de ambas mercantiles.

Enlazada con ese contrato, el acusado Primitivo, en nombre de

"Reformas Ortiz, S.L.", emitió la factura 5/2009, de fecha 20 de diciembre de 2009, por importe de 54.362,26 euros, que fue pagada por "Dragados, S.A." el día 10 de junio de 2009 bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo.

Por todos esos trabajos en el Parlamento, en verdad inexistentes, "Dragados, S.A." pagó a "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." la suma total de 220.889,07 euros y a "Reformas Ortiz, S.L." la suma de 54.362,26 euros.

Norberto y Primitivo no tuvieron intención de ocultar a DRAGADOS su conducta ni fueron conscientes de que pudieran causarle perjuicio económico.

**TERCERO.- Hechos relativos al hipódromo de la ciudad de Dos Hermanas.**

DRAGADOS fue adjudicataria de las obras del "Gran Hipódromo de Andalucía", construido en la ciudad de Dos Hermanas, que concluyeron en mayo de 2004. El día 22 de octubre de 2004 se firmó el acta de recepción definitiva de la obra por "Apuesta Mutua Andaluza, S.A."

Dentro del plan trazado, siguiendo las instrucciones dadas por Eloy, el día 27 de marzo de 2009 Eutimio simuló la existencia de desperfectos en los baños del hipódromo -atascos motivados por la presencia de restos sólidos procedentes de la obra- precisados de reparación urgente para así poder justificar la contratación de obras de reparación que pudieran facturarse a DRAGADOS.

En orden a dar apariencia real a esos desperfectos inexistentes, Primitivo envió a Eloy una nota manuscrita del siguiente tenor literal:

"REFERENCIA: HIPÓDROMO DE DOS HERMANAS

De Eutimio a Sr. Eloy. Fecha 26.02.2009

Atendiendo a la reclamación que me comentastes referente a la obra arriba indicada, me he personado en dichas instalaciones observando el abombamiento en los paramentos alicatados y en algunos casos la falta de los mismos con el peligro que supone el poder seguirse desprendiendo.

Se observa el daño producido en zonas de premarcos de puertas de los servicios por atascos acaecidos en varias ocasiones se han intentado con varias empresas desatascar y me han comentado que seguramente sean problemas de atascos de materiales sólidos.

Para tal reparación, se tendría que hacer una prueba de red y en último caso, levantar hasta dar con la avería. Para posteriormente reparar aquellos materiales levantados.

A la espera de tus noticias

Recibo en un saludo" (sic.).



A esa nota siguieron otras de fechas 2 y 11 de marzo de 2009, figurando en la primera la mención "El coste se realizará de las partidas del anterior contrato" y, en la segunda, una anotación en el ángulo inferior izquierdo realizada por el Sr.

Eloy : "déjate de rollos! reparar".

La apariencia así creada justificó la contratación de obras de reparación ficticias con la mercantil "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de manera que con fecha 27 de marzo de 2009 el acusado Norberto , como administrador de esta mercantil, firmó con el Sr. Eloy , que actuaba en representación de DRAGADOS, el contrato con número 282/09.

Posteriormente, los mismos acusados firmaron dos modificaciones de ese contrato núm. 282/09 para incluir nuevas unidades de obra. Así, la modificación de fecha 21 de abril de 2009 y la modificación de fecha 8 de septiembre de 2009.

Enlazadas con esos contratos fueron emitidas facturas que, observando el régimen interno de la empresa, una vez firmadas por los acusados Eutimio y Eloy , fueron pagadas por "Dragados, S.A." bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo. Así:

- Factura 017-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 15/05/09, por importe de 67.723,88 euros, referente al contrato 282/09, pagada por "Dragados, S.A." el 2 de junio de 2009.

- Factura 018-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 22/05/09, por importe de 54.699,78 euros, referente al contrato 282/09, pagada por "Dragados, S.A." el 10 de junio de 2009.

- Factura 026-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 02/10/09, por importe de 24.714,54 euros, referente al contrato 282/09, pagada por "Dragados, S.A." el 23 de noviembre de 2009.

Por tanto, "Dragados, S.A." pagó a "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por esos trabajos en el hipódromo, en verdad inexistentes, la suma total de 147.138,2 euros.

Norberto no tuvo intención de ocultar a DRAGADOS su conducta ni fue consciente de que pudiera causarle perjuicio económico.

*CUARTO.- De los hechos relativos al chalet particular en la URBANIZACION000 de Conil de la Frontera.*

DRAGADOS resultó adjudicataria para la construcción de una promoción viviendas en la urbanización "San Roque Club" del término de San Roque (Cádiz). El Jefe de Obra en esa promoción fue el acusado Mateo .

En época coetánea, el acusado Eloy y su esposa, Estefanía , se estaban construyendo un chalet en la CALLE000 núm. NUM000 de la URBANIZACION000 , término de Conil de la Frontera (finca registral NUM001 del Registro de la Propiedad de esa localidad), que formalmente pertenecía a la sociedad unipersonal "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L.", titulada como única partícipe por la Sr<sup>a</sup>. Estefanía .

El acusado Eloy , con ánimo de enriquecerse y, con ello, también a la entidad mercantil de su esposa, la cual no conocía su conducta, decidió hacer un pedido de materiales a la entidad "Arance Cádiz, S.A." para el chalet particular en la URBANIZACION000 y cargar su importe a DRAGADOS. Para ello, contó con la colaboración consciente del acusado Mateo , quien como Jefe de Obra de la promoción de "San Roque Club" se encargó, por orden del Sr. Eloy , de preparar el soporte necesario para que, solapando su destino verdadero, los materiales figuraran como servidos en dicha promoción. De esta forma, los materiales fueron entregados e instalados en el chalet de la CALLE000 NUM000 de la URBANIZACION000 , en Conil de la Frontera.

Pese a que la entrega de los materiales fue documentada en siete albaranes, cada uno de los cuales generó la correspondiente factura, Mateo , con objeto de enmascarar el desvío, dio orden de anular las facturas y de dar de baja los albaranes del sistema informático de administración de la empresa. Asimismo, obligó a "Arance Cádiz, S.A." a agrupar el pedido en un único albarán, de fecha 20 de octubre de 2008, que incluyera determinados materiales hasta alcanzar el importe facturado y sirviera de soporte a una única factura, que fue emitida con la misma fecha, por importe de 31.092,22 euros, la cual recibió el "visto bueno" con sus respectivas firmas por parte del Jefe de Obra, Sr. Mateo , y del Delegado Sr. Eloy .

Para poder contabilizar la factura, aprovechando que DRAGADOS y "Arance Cádiz, S.A." habían firmado un contrato de fecha 1 de marzo de 2006 para el suministro de materiales en la promoción de "San Roque Club", el acusado Sr. Eloy , en nombre de "Dragados, S.A.", firmó en fecha 5 de noviembre de 2008 con "Arance Cádiz, S.A." una modificación de ese primigenio contrato que tenía por objeto incluir nuevas unidades. Esa ampliación de contrato proporcionó la cobertura necesaria para que, superados todos los controles, DRAGADOS procediera al pago de la factura el 11 de marzo de 2009.



No se ha constatado que la entidad "Easy Clima, S.L." realizara trabajos de climatización en la propiedad particular de "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L." en la urbanización de Roche, en Conil de la Frontera, ni que la mercantil "Piscinas Gunisol, S.L." haya hecho trabajos en ese inmueble.

QUINTO.- En los hechos objeto de acusación bajo el epígrafe "De la defraudación relativa a Movimientos y Obras del Sur, S.L." únicamente se describe que los acusados validaban las facturas.

El Sr. Eloy, como Delegado territorial de DRAGADOS, y el Sr. Mateo, como Jefe de Obra, dentro de sus respectivas responsabilidades en el funcionamiento normalizado de la empresa, tenían encomendada la firma de facturas, que era cometido obligado en el ejercicio de su trabajo.

SEXTO.- No consta que el Sr. Mateo percibiera en metálico cantidades incrementadas artificialmente en facturas relacionadas con la promoción de viviendas "San Roque Club".

SÉPTIMO.- El acusado Norberto se dirigió por escrito a "Dragados, S.A." hasta en cuatro ocasiones, mediante cartas manuscritas de fecha 27 de marzo de 2007, 18 de junio de 2007, 11 de febrero de 2008 y 2 de febrero de 2009, por tanto, con más de un año de antelación al inicio de los hechos que hemos relatado con anterioridad, comunicando, entre otros hechos y circunstancias, que estaba firmando contratos que no se correspondían con los trabajos que hacía; que el Delegado territorial, Eloy, le decía, bien directamente o a través de Eutimio, que esa era la única forma de que pudiera cobrar las obras; que debía pagar comisiones que, según le decían, eran beneficiosas para mantener la contratación de DRAGADOS; y que en algunas facturas debía incrementar el 62% de su importe.

OCTAVO.- Los acusados Eutimio, Mateo, Norberto y Primitivo, desde las primeras investigaciones que llevó a cabo "Dragados, S.A." a través de una auditoría interna en la Delegación territorial, colaboraron para esclarecer los hechos que finalmente denunció la empresa ante el Juzgado, manteniendo esa postura durante todo el proceso al haber admitido la realidad de los hechos y sus concretas conductas desde sus primeras declaraciones ante el Juzgado de Instrucción y posteriormente ante este Tribunal en el acto de juicio oral.

Pues bien, el tribunal efectúa en primer lugar la referencia a los contratos que considera falsos en relación a:

- 1.- Referentes al Parlamento de Andalucía.
- 2.- Referentes al Hipódromo de Dos Hermanas.
- 3.- Referentes a los hechos de "Arance Cádiz, S.A."

Y sobre la prueba concurrente con relación al recurrente podemos sistematizar la valoración probatoria que el tribunal ha apreciado para condenar al recurrente en la siguiente:

"1.- El Sr. Eloy facilita en el acto de plenario una versión de los hechos inverosímil y huérfana de cualquier acreditación, que se ve perjudicada, además, por su postura durante la instrucción, esquiva y nada colaboradora para su esclarecimiento.

2.- Sostiene que el proceso contra él ha sido una trampa orquestada desde altas instancias de DRAGADOS; quien con antelación suficiente a este procedimiento penal, ya desde su carta de despido y posterior proceso ante la jurisdicción laboral, conocía sobradamente los hechos; quien afirma, en fin, que todo lo que declaran los coacusados y testigos sobre su participación consciente es falso, producto de una confabulación multidireccional en su contra, no facilitó su versión al Juez de Instrucción ni se molestó en promover, en sede de investigación, la más mínima actividad probatoria para acreditarla.

3.- Lejos de ello, el Sr. Eloy hubo de ser detenido dos veces, coincidentes con las dos ocasiones en que el Juzgado de Instrucción necesitó practicar diligencias en su persona; a saber, una primera detención para ser oído en declaración (folios 495 a 498) y una segunda orden de busca y captura a fin de ser notificado y emplazado en la fase intermedia; y en el acto de su declaración se acogió a su derecho a guardar silencio (folio 548), de manera que su primera versión sobre los hechos se ha producido en el plenario. Esta postura ha impedido deliberada y conscientemente que el Juez de Instrucción pudiera investigar cualesquiera extremos de su inverosímil versión, a la vez que ha privado a las acusaciones y restantes defensas de la posibilidad de contrarrestarla.

4.- El Sr. Eloy resulta implicado en los hechos por las sólidas y creíbles manifestaciones de subordinados y subcontratistas, también acusados, apoyadas, en la mayor parte de los casos, en una profusa y contundente documentación. Esas declaraciones de los coacusados, con los elementos periféricos de corroboración que iremos viendo, son por completo creíbles, pues lejos de limitarse a señalar al Sr. Eloy como el principal y único posible organizador de un modo de proceder que, necesario es decirlo, era a él a quien mayormente beneficiaba, admiten también su propia implicación; ello sin perjuicio, claro está, de que sus respectivas defensas pongan en solfa el principio de culpabilidad en intento de excluir la antijuridicidad de sus conductas.





5.- No se acierta a comprender cuál pueda ser el beneficio buscado por los coacusados al decir lo que dicen, como tampoco se logra identificar un supuesto ánimo espurio que pudiera armonizarse con intereses ocultos de las altas instancias de la empresa.

6.- a.-¿qué razón tendría el testigo Alexis , representante de la empresa de seguridad "Bosch y Giraldillo Seguridad, S.L.", para faltar a la verdad cuando dice que facturó y cobró a DRAGADOS los servicios de vigilancia que prestó su empresa en la obra particular del Sr. Eloy ? (la fecha de la factura, en contra de lo afirmado por la defensa en su informe, no es necesariamente determinante del momento en que se prestan los servicios);

b.-¿por qué habría de mentir el testigo Augusto , encargado de obra de DRAGADOS, cuando dice que Eloy le encomendó el control de su obra particular de Roche?, lo cual también fue negado por el acusado;

c.-¿por qué, si no fuera cierto, iban a manifestar los responsables de ARANCE que facturaron y cobraron a DRAGADOS materiales que fueron entregados en el chalet particular del Sr. Eloy ?.

7.- *Valor de las declaraciones de los coimputados.*

Además de las numerosas corroboraciones con que cuentan las afirmaciones de los coacusados Eutimio , Mateo , Norberto y Primitivo , sus declaraciones, desde luego, no constituyen prueba única.

8.- *De la implicación del Sr. Eloy en los hechos relativos al Parlamento de Andalucía y al hipódromo de Dos Hermanas.*

*Modo de proceder del recurrente en estos hechos.*

a.- Guiado por el ánimo de obtener un ilícito enriquecimiento, aprovechando su condición de Delegado en Andalucía Occidental de la empresa DRAGADOS, ideó y puso en marcha una mecánica consistente en fingir la realización de unas obras inexistentes para engañar a la empresa con la finalidad de enriquecerse.

b.- Para crear esa apariencia, organizó una documentación de respaldo de suficiente solidez con la imprescindible colaboración de Jefes de Obra y de contratistas que trabajaban habitualmente para DRAGADOS.

c.- De esta forma, se firmaron contratos de obra, así como modificaciones posteriores de esos contratos, que incrementaban las unidades para engrosar su montante económico, y se emitieron facturas ficticias por el contratista que, a sabiendas de que no respondían a trabajos verdaderamente realizados, fueron firmadas por el Jefe de Obra y por el Delegado territorial de DRAGADOS.

*Prueba concurrente.*

d.- Las declaraciones de Eutimio y de Norberto son contundentes, certeras y creíbles cuando afirman que el Sr. Eloy , utilizando similar modus operandi en los hechos referentes al hipódromo de Dos Hermanas y al Parlamento de Andalucía, fue quien pergeñó ambos planes orientados a crear obra ficticia emitiendo certificaciones de obra simuladas que sirvieran de soporte para la confección de facturas falsas con capacidad de superar los controles necesarios y, de ese modo, ser pagadas sin reparo por DRAGADOS.

e.- De esas declaraciones, a las que se añaden en el caso del Parlamento las manifestaciones del acusado Primitivo , se extrae que el Sr. Eloy impartió concretos criterios de actuación sobre las cantidades que se tenían que facturar por esas supuestas obras al objeto de asegurarse la reversión de dinero; sobre la necesidad de desarrollar un proyecto con sus mediciones y partidas correspondientes para dar apariencia real a las obras; sobre la creación de contratos ad hoc entre DRAGADOS y las empresas subcontratistas, "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." (hechos relativos al Parlamento andaluz y al hipódromo de Dos Hermanas) y "Reformas Ortiz, S.L." (hechos relativos al Parlamento), firmando el Sr. Eloy los contratos en representación de DRAGADOS a sabiendas de la ficción que aparentaban, al igual que firmó las posteriores y sucesivas ampliaciones de esos contratos; fue el Sr. Eloy quien escribió de su puño y letra en el documento obrante al folio 55 la mención "déjate de rollos, reparar", para dar cobertura a la ficción que articulaban los documentos manuscritos que el Sr. Eutimio creó simulando informar al Sr. Eloy sobre la necesidad de los trabajos una vez girada una supuesta visita a las instalaciones del Hipódromo; fue el Sr. Eloy quien escribió de su puño y letra, firmó y fechó (13/05/08) el documento obrante al folio 104 [" Jose María , ponte en contacto con P. Barrera. En el "Parlamento" hay una queja de filtraciones en el sótano (instalaciones). Ya me cuentas cuales son los problemas. (no digas si correspondo o no hacer nada). J. A. Víboras dice que es urgente"]; quien firmó y escribió "Reparar" en el documento de mediciones de esa obra creado por el Sr. Eutimio (folio 105); quien, en fin, firmó los documentos manuscritos obrantes a los folios 106, 107 y 108.

f.- Vemos que, cronológicamente, la nota manuscrita y fechada por el propio acusado el día 13 de mayo de 2008 (folio 104) fue el primer acontecimiento objeto de acusación, el inicio del plan defraudatorio enjuiciado. Si ya una aproximación crítica a los hechos, contemplados en conjunto, nos llevaba al profundo convencimiento de que el engaño no hubiera sido posible sin la participación del acusado, cuyo alto rango se erigió en una



herramienta decisiva, esa nota manuscrita demuestra que fue él quien llevó la iniciativa a la vez que descarta el camino inverso. Es inverosímil que, como detonante de una serie de contratos y facturas por tan elevado importe, terceras personas hubieran engañado al Sr. Eloy simplemente haciendo una llamada que, a su decir, le habría pasado su secretaria, en la que el interlocutor habría mentido diciendo que llamaba desde el Parlamento de Andalucía con el objeto de fingir la existencia de desperfectos de imperiosa y urgente reparación, como lo es también que el acusado, sin más, se hubiera prestado a firmar tales instrumentos sin ser consciente de su dimensión.

g.- Pero es que, más de un año antes, el 27 de marzo de 2007 (folio 481), Norberto había presentado en la Delegación de Andalucía Occidental de DRAGADOS un documento manuscrito, que tiene estampado un sello de entrada de la Delegación territorial de DRAGADOS, fechado el mismo día, en el que ya ponía de manifiesto las importantes irregularidades que se estaban cometiendo, todas anteriores a los hechos objeto de acusación. A ese manuscrito le siguieron otros (folios 482 a 484), todos con sello de entrada, en fechas 18 de junio de 2007, 11 de febrero de 2008 y 2 de febrero de 2009.

h.- Sin perjuicio de que al analizar la concreta responsabilidad del subcontratista Norberto expongamos con amplitud el contenido de esas cartas o documentos, es necesario dejar ahora constancia de los extremos importantes que denunciaba el Sr. Norberto ante la Delegación territorial de DRAGADOS más de un año antes de los hechos objeto de esta acusación:

- Que los trabajos que él hacía no se correspondían con los contratos que se firmaban, de manera que cada vez que iba a facturar le presentaban contratos diferentes.

- Que era Eloy quien le decía que esa era la única forma de que pudiera cobrar las obras que hacía; entre otras, las ejecutadas en el propio domicilio del Sr. Eloy .

- Que debía pagar comisiones que, según el Sr. Eloy , eran beneficiosas para mantener la contratación de la empresa.

- Que le había llegado a pedir que hiciera facturas para que, una vez cobradas, le entregara el importe íntegro previa deducción de los gastos que le generaran.

- Que en otras facturas debía incrementar el 62% de su importe para DRAGADOS.

- Que llevaba tiempo trabajando con DRAGADOS y antes de que entrara como delegado el Sr. Eloy nunca le había pasado esto.

- Que en ocasiones estas instrucciones se las transmitía el Sr. Eloy a través de Eutimio .

i.- La realidad de esas cartas o documentos y de su recepción en la delegación territorial de DRAGADOS, que no es discutida ni impugnada en el proceso, excluye cualquier posibilidad de que los hechos de este proceso sean producto de una confabulación contra el Sr. Eloy .

j.- El plan de actuación diseñado por el Sr. Eloy consiguió que, relativo al Parlamento de Andalucía, se formalizara con fecha 07/08/08 el contrato de obra Núm. 625/08 con "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." para acometer reparaciones varias por filtraciones. Posteriormente, se realizaron tres ampliaciones de ese contrato de fecha 23/10/08, 08/01/09 y 10/02/09. Al amparo de los contratos, la subcontratista facturó a "Dragados" 220.889,07 euros (factura 039-C de 14/10/08 por 63.131,15 euros; factura 042-C de 14/11/08 por 21.986,78 euros; factura 047-C de 11/12/08 por 31.949,42 euros; factura 03-D de 06/02/09 por 65.553,86 euros; y factura 010-D de 13/03/09 por 38.267,86 euros).

k.- En idéntica dinámica se formalizó con "Reformas Ortiz, S.L." el contrato núm. 334/09 con fecha 27/03/09 para realizar obras de reparación de alcantarillados en dicha sede, facturando la subcontratista a "Dragados" 54.362,26 euros (factura 5/2009 de 20/12/09).

l.- No se ha cuestionado que las obras del Parlamento fueran ficticias. Así lo confirmó en el plenario el testigo D. Pedro Miguel , Jefe de Mantenimiento del Parlamento de Andalucía al tiempo de los hechos, quien declaró (ya lo había dicho ante el Juez de Instrucción al folio 315, ratificando el informe anteriormente emitido con fecha 01/02/10, obrante al folio 200) que desde que en el año 2004 terminó la rehabilitación de las instalaciones del Parlamento no se habían realizado trabajos en la sede.

ll.- Por lo que se refiere al Hipódromo de Dos Hermanas, el plan fue el mismo, de manera que se fingieron atascos en los cuartos de baño para justificar su reparación mediante el contrato de obra Núm. 282/09 de fecha 27/03/09 y dos ampliaciones posteriores, de 21/04/09 y 08/09/09, a favor de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.". Por esos contratos se facturó a "Dragados" la cantidad de 147.138,2 euros (factura 017-D de 15/05/09 por 67.723,88 euros; factura 018-D de 22/05/09 por 54.699,78 euros; y factura 026-D de 02/10/09 por 24.714,54 euros).



Las obras, por supuesto, no fueron reales (no es cuestión controvertida en el proceso), como así declaró en prueba testifical D. Alexander , Consejero Delegado de la entidad "Apuesta Mutua Andaluza, S.A." (ya lo había manifestado en sede de Instrucción al folio 316 ratificando el informe anteriormente emitido con fecha 17/12/09, obrante al folio 103).

*(Entendemos en la Sala que resulta importante este extremo en cuanto al posterior alegato de que las facturas no superaban el importe de los 50.000 euros determinantes de la estafa agravada, ya que vemos que en este caso las obras "no fueron reales", y no se trataba de que se pusiera un "plus", sino que no respondían a algo real y sí a una contratación simulada.)*

*De la instrumentalidad del proceder defraudatorio.*

m.- El acusado Eloy ha intentado presentar como habitual en DRAGADOS la realización, a cargo de la empresa, de obras de favor -atenciones- para clientes y empleados que se hacían con el conocimiento y consentimiento de la Dirección General como estrategia de consolidación y fomento de futuras contrataciones.

Ciertamente, numerosa prueba pone de manifiesto que durante su periplo como Delegado territorial ese tipo de "atenciones" fue práctica frecuente.

n.- La realidad de obras de favor se sustenta: (i) en la propia declaración del acusado Sr. Eloy , que les dio carta de naturaleza; (ii) en las declaraciones de los restantes acusados, tanto Jefes de Obra como subcontratistas; (iii) en una importante prueba documental (pieza separada de documentos núm. 2); y (iv) en la abundante prueba testifical practicada en el plenario, de la que es botón de muestra la siguiente:

- Bernardo : manifestó que las obras de su casa (folio 360 de la pieza separada) se las hizo Norberto y él no pago nada por cortesía del Sr. Eloy .

- Constantino : afirmó que las obras en su propiedad de la CALLE003 de Sevilla (folios 536 a 539 de la pieza separada), las llevó a cabo "Construcciones Franca", a la que debió contratar el Sr. Eloy en nombre de DRAGADOS, sin que él pagara nada.

- Eladio : transportista que declaró que Norberto le pagó las facturas (folios 135 y 216 a 219 de la pieza separada) por trabajos realizados en la casa del Sr. Eloy , en la CALLE001 ; también en la casa del Sr. Mariano (facturas obrantes a los folios 49 a 52 de la pieza separada), amigo y socio del Sr. Eloy , a la sazón arquitecto autor del proyecto del chalet de la URBANIZACION000 .

- Patricio : representante de "Toldos Paz, S.L", que instaló toldos en la casa del Sr. Eloy y se los pagó el Sr. Norberto (factura al folio 444 de la pieza separada).

ñ.- Sin embargo, no existe la más mínima prueba de que esa fuera una práctica anterior a la llegada del acusado a la Delegación de Andalucía (las misivas del Sr. Norberto ponen de manifiesto que esa práctica la implantó el acusado), ni de que fueran prácticas consentidas por los órganos gestores de DRAGADOS (las falsedades instrumentales acreditadas apuntan en dirección contraria).

o.- Como cualquier empresa, DRAGADOS, a través de sus órganos rectores y, en su caso, dando cuenta a sus accionistas, es libre para decidir legítimamente regalar obras o servicios con vistas a consolidar o a ampliar su mercado. Sin embargo, el acusado carecía de facultades para decidir unilateralmente, a espaldas de los órganos de administración, la realización de actos de disposición del patrimonio de la empresa y, de otro lado, no solo no acredita que los órganos rectores -Dirección General- conocieran o consintieran esas obras o favores, sino que todo el plan urdido con descarado aprovechamiento de la confianza en él depositada, como más alto cargo en Andalucía Occidental, estuvo orientado, precisamente, a engañar a la empresa ocultando su ilícita conducta.

p.- En este escenario, no discutimos que los falsos contratos y facturas concernientes al Parlamento y al hipódromo pretendieran, en parte, sufragar obras verdaderamente realizadas en otros emplazamientos y fechas. Sin embargo, no fue ese el único ni, desde luego, el principal objetivo. Por el contrario, esos falsos contratos y facturas fueron también, en manos de un alto directivo de DRAGADOS, el instrumento idóneo utilizado para eludir los mecanismos internos de control y fiscalización en orden a derivar sin causa dinero de la empresa a manos del acusado, a su libre disposición, con el consiguiente enriquecimiento y correlativo empobrecimiento de la empresa.

q.- Por lo que se refiere a las entregas de dinero por parte de los contratistas, la conjunta valoración de las declaraciones de Eutimio , Norberto y Primitivo , puestas en relación con el contenido del informe de auditoría interna realizado por DRAGADOS en la Delegación de Andalucía Occidental Edificación (pieza separada de documentos núm. 1), pone de manifiesto suficientes evidencias de que los trabajos a particulares que el Sr. Eloy ordenaba a Eutimio y que este encargaba a "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." y a



"Reformas Ortiz, S.L." se incluían posteriormente en contratos y facturas falsas girados contra DRAGADOS, cuyo importe representaba, no solo los trabajos o cometidos verdaderamente realizados por el subcontratista, sino un porcentaje de aumento del 62%. Las anotaciones manuscritas descubiertas en el trabajo de auditoría, tal y como con toda lógica y coherencia ratificó y explicó en el plenario el testigo Agustín, así permiten afirmarlo, pues todas esas anotaciones fueron reconocidas como auténticas por Eutimio en su declaración ante el Juzgado de Instrucción, que fue íntegramente ratificada en el acto de juicio oral.

r.- A Eutimio le fueron exhibidos los anexos incorporados al documento núm. 49 de la pieza número 1, y en ellos reconoció su letra y su firma, reseñando que el documento 3.1.2 correspondía a una obra acometida en la vivienda de la secretaria de dirección de DRAGADOS, Carla, y a obras de favor para clientes y empleados de DRAGADOS que hacía Norberto, cuyo importe se incrementaba en el 62% obteniéndose así la cantidad final que se reflejaba en las facturas y que DRAGADOS abonaba. Reconoció el Sr. Eutimio haber recibido sobre cerrados del Sr. Norberto que entregaba directamente a Eloy. Esta operativa fue también corroborada por las declaraciones de Norberto y Primitivo, a cuyo contenido nos remitimos.

s.- La defensa del Sr. Eloy, en legítima salvaguarda de los intereses del acusado, trató de deslegitimar tanto la eficacia probatoria del informe de auditoría interna, por su falta de imparcialidad, como la validez de la declaración del acusado Eutimio. Sin embargo, esa perspectiva olvida que la fuente de prueba son los documentos en sí mismos considerados, sin perjuicio de que el informe de auditoría nos sirva para explicarlos y valorarlos. Entendemos que la autenticidad de los documentos está fuera de toda duda; no solo porque el Sr. Eutimio reconociera haberlos manuscrito, sino porque no es concebible que éste los hubiera preconstituido con la intención de perjudicar al Sr. Eloy desde el momento en que se utilizaron para engrosar el reproche determinante de su despido disciplinario. Tales documentos, en consecuencia, además de fuente de prueba, constituyen un importante elemento de corroboración de las manifestaciones del propio Sr. Eutimio y de otros coacusados.

t.- Sobre esas bases, de suficiente solidez, es posible alcanzar la conclusión de que el 62% del importe que DRAGADOS pagó a los subcontratistas por las facturas ficticias del Parlamento y del hipódromo fue retornado por éstos, en metálico, mediante sobres que entregaron en la sede de DRAGADOS; y también es posible, a través de un razonable juicio de inferencia, concluir que ese dinero fue entregado al Sr. Eloy.

*9.-De las obras del chalet de la CALLE000 NUM000 de la URBANIZACION000 en Conil de la Frontera.*

a.- Sobre el chalet de la CALLE000 ha pivotado una importante actividad probatoria que no es posible desdeñar, pues las obras se desarrollaron de forma coetánea con las que DRAGADOS hacía en la promoción de San Roque y se ha constatado en el proceso un determinado trasvase de recursos, personales y materiales, entre ambas obras.

*Valoraciones del tribunal al efecto de constatar la falta de credibilidad de la declaración del Sr. Eloy*

b.- Préstamo hipotecario.

A los folios 87 ss de la pieza separada 25.01/15 consta la escritura pública de declaración de obra nueva en construcción de fecha 27 de octubre de 2006, que daba carta de naturaleza a una autopromoción individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio pendiente de inscripción sobre la finca registral NUM001 del Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera.

En escritura de la misma fecha, 27 de octubre de 2006 (folio 100 de la mencionada pieza), "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L." constituyó hipoteca sobre el inmueble en garantía de un préstamo a promotor con "Banco Santander Central Hispano, S.A." por importe de 500.000 euros a ingresar en la cuenta corriente NUM002 abierta a nombre de la prestataria.

Del importe de ese préstamo se hizo una primera entrega, mediante ingreso en cuenta, de 95.500 euros, estipulándose que el resto del dinero se iría entregando en función de la obra realizada y certificada por los servicios de tasación del Banco en la forma pactada (folio 110).

El Sr. Eloy, que tantas veces dijo en juicio que había pedido un préstamo de 500.000 euros para financiar la construcción del chalet, no acredita que el Banco prestamista, contra certificaciones de obra presentadas, liberara cantidades adicionales a la entregada inicialmente.

c.- Del pago de obras a "Asturiana Hispalense de Obras Civiles, S.L."

La defensa del Sr. Eloy sostiene que la construcción del chalet fue encomendada, en dos fases, a "Construcciones Yatécnicas, S.L." y a "Hispalense Asturiana de Obras Civiles, S.L."

Por lo que hace a la primera empresa, en su escrito de defensa el Sr. Eloy aportó las certificaciones de obra de "Construcciones Yatécnicas, S.L." (folios 157 a 165), todas referidas a la construcción de la estructura de





la vivienda, y mediante información que, a su instancia, facilitó el Banco de Santander (folios 187 y 188 del Rollo de Sala) acredita que esas certificaciones fueron pagadas mediante transferencia de fondos de la cuenta vinculada al préstamo hipotecario.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con la segunda empresa constructora.

El 28 de marzo de 2007, el acusado Sr. Eloy , actuando en nombre de la propiedad, "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L.", firmó contrato de obra con "Hispalense Asturiana de Obras Civiles, S.L." (folio 167 de la pieza separada 25.01/15), para la construcción del chalet en cuanto a tabiquería, solados, alicatados y demás partidas que se reseñan en el documento, por precio de 224.137,94 euros. Para justificar el pago a esta constructora, la defensa del Sr. Eloy aporta fotocopia de una serie de recibos firmados por el representante de aquella (folios 173 a 176), todos con la misma o parecida fórmula: "Hemos recibido de la empresa DE LAS RIVAS Y VALLE, S.L. con CIF B92410091, la cantidad de ... en concepto de entrega a cuenta, de los trabajos recogidos en el contrato firmado entre las partes con fecha 28-03-07, para la terminación de la vivienda sita en la URBANIZACION000 , CALLE000 , NUM000 , de Conil de la Frontera, (Cádiz). Este recibo tiene carácter de provisional, debiendo ser canjeado en su día por la factura correspondiente".

Así:

- Recibo de 4 de julio de 2007 por 25.000 euros.
- Recibo de 12 de diciembre de 2007 por 22.500 euros.
- Recibo de 27 de diciembre de 2007 por 35.400 euros.
- Recibo de 16 de julio de 2008 por 40.000 euros.

Aporta también copia de un contrato de fecha 8 de septiembre de 2009 por el que ambas partes (la propiedad representada por el Sr. Eloy ), acuerdan aplazar la liquidación de trabajos pendientes de pago por importe de 87.990,30 euros (folios 177 y 178).

Para cerrar la documentación concerniente a esta segunda constructora, obra al folio 179 copia un recibo, con el formato expuesto, de fecha 21 de diciembre de 2009 por importe de 10.000 euros.

Partiendo de esos documentos y de las declaraciones vertidas en el plenario, el acusado no logra justificar el origen de las cantidades que se dicen pagadas a través de esos recibos.

Consta incorporado al proceso, unido en pieza separada, testimonio del Procedimiento Ordinario 534/09 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Chiclana de la Frontera en el que se sustanció una demanda en reclamación de cantidad de "Movimientos y Obras del Sur, S.L." contra Eloy y "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L.". En la contestación a la demanda, los demandados dijeron acreditar el pago de las obras del chalet de la CALLE000 , además de a "Construcciones Yatécnicas, S.L." (documento núm. 4 que aportaba, folios 173 ss de aquel proceso, en el que consta la liquidación a esta empresa), a la entidad "Hispalense Asturiana de Obras Civiles, S.L." mediante el documento núm. 5 (folio 147). Sin embargo, a la vista de ese documento, de ninguna manera se acredita la forma de pago a "Hispalense Asturiana de Obras Civiles, S.L.", pues el documento es una factura que, a lo más, podría acreditar un pago más no la forma en que se hizo.

En el acto del juicio declaró como testigo Luis Enrique , representante de "Hispalense Asturiana de Obras Civiles, S.L.", quien manifestó que las obras le fueron pagadas mediante pagarés que él descontaba en su línea de descuento. El Sr. Eloy , al serle exhibidos en el juicio los recibos que aportó su defensa en el documento 3.3.4 (folios 173 a 176 pieza 25.01/15), manifestó que se pagaron mediante letras y pagarés. Sin embargo, no hay rastro alguno en el proceso de esos pagarés o letras.

No desconocemos que, a petición de la defensa del Sr. Eloy , y tras auto de esta Sala de fecha 19 de septiembre de 2019 que dio respuesta a la cuestión planteada como previa a la celebración del juicio, se recabó de la Agencia Tributaria certificación de los pagos realizados por "De la Riva y Valle Inversiones, S.L.", con CIF B-92410091, declarados en el modelo 374, a las entidades "Hispalense Asturiana de Obras Civiles, S.L.", CIF B-91159129, y "Construcciones Yatécnicas, S.L.", CIF B-11506508; como tampoco ignoramos que, tal y como alegó la defensa en su informe, a la vista de la documentación aportada, incorporada al Rollo de Sala, la Agencia Tributaria circunscribió erróneamente la información al ejercicio anual de 2009, que no era el decisivo en este juicio; ello pese a que el oficio de esta Sala había sido cursado en los estrictos términos solicitados por la defensa (folio 303).

Sin embargo, ese error no puede servir de escudo a la inexistencia de prueba sobre la forma de pago de esas certificaciones, pues fácil le hubiera sido a la defensa del Sr. Eloy , tal y como hizo con solvencia en el caso de "Construcciones Yatécnicas, S.L.", acreditar la forma de pago si verdaderamente las certificaciones se hubieran pagado mediante pagarés u otros títulos; por ejemplo, aportando al proceso copia de esos pagarés o letras,



o aportando un listado de movimientos de la cuenta bancaria vinculada al préstamo hipotecario a promotor en la que se hubieran cargado los pagarés.

d.- De otros pagos vinculados con la obra del chalet.

La realidad acreditada no es otra que el absoluto protagonismo del acusado Sr. Eloy a la hora de contratar y hacer, en múltiples ocasiones - no en todas-, pagos en metálico en nombre de la sociedad de su esposa -ella nunca intervenía personalmente- por cuenta de las obras del chalet sin acreditar el origen de los fondos con que se hicieron. Y no es solo en el caso de las certificaciones de "Asturiana de Obras Civiles, S.L.". Así, constan en el proceso los siguientes documentos:

- Dos recibos, en formato de talonario que suele venderse en cualquier papelería, con los que se pretende acreditar pagos por parte de "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L." (12.000 euros el 6 de noviembre de 2007 y 7.000 euros el 4 de abril de 2008) por las obras de la piscina; documentos en los que no consta el más mínimo dato de la persona, física o jurídica, que recibe el dinero.

- Fotocopia de recibo en concepto de "finiquito de obra-liquidación", de fecha 31 de marzo de 2008, firmado por un tal Bernardino, en representación de "Gabitec Instalaciones, S.L.", en el que reconoce recibir de Eloy el importe de 30.000 euros por los trabajos de instalación eléctrica en la obra de URBANIZACION000, CALLE000 (curiosamente, habiendo sido aportado el documento por su defensa, el acusado negó en su declaración haber tenido relación con esta empresa).

- Ingreso en efectivo, de fecha 10 de junio de 2008, por importe de 1.963,02 euros, por parte de "De las Rivas y Valle Inversiones" en una cuenta de "Unicaja" titularidad de "Tufitalia, S.L.".

- Ingreso en efectivo, de fecha 12 de diciembre de 2008, por importe de 563,20 euros, por parte de "De las Rivas y Valle Inversiones" en una cuenta de "Unicaja" titularidad de "Tufitalia, S.L.".

e.- De la implicación del Sr. Eloy en el suministro de materiales por "Arance Cádiz, S.A." en el chalet particular que fueron facturados a DRAGADOS.

Son también incontestables las pruebas que permiten afirmar:

a) que ARANCE suministró para ese inmueble material cuyo coste le fue facturado a DRAGADOS pese a que ésta era del todo ajena a la obra; b) que para justificar el pago, habida cuenta que ARANCE había sido contratada por DRAGADOS para suministrar material a la promoción de viviendas que ésta construía en el término de San Roque ( URBANIZACION001 ) se preparó un albarán y una factura cuyo contenido fuera propio de esa promoción de viviendas con objeto de no levantar sospechas; c) que todo ello se hizo con la participación directa del Sr. Eloy y la activa colaboración del jefe de obra de DRAGADOS en "San Roque Club", Sr. Mateo ; y d) el acusado promovió la firma de un contrato instrumental que ampliara el primigenio suministro contratado con ARANCE en la obra de San Roque en orden a soportar la contabilización de la factura fraudulenta emitida.

Obran en la causa, folios 205 a 211, siete albaranes de entrega de material por parte de ARANCE. Pese a que en ellos figura como destinatario "Dragados, S.A.; AA. Sr. Mateo ; reforma en San Roque Club; Urbanización San Roque Club; 11360 San Roque, Cádiz", existe prueba directa para afirmar que el material fue entregado en la obra particular del Sr. Eloy en la URBANIZACION000 de Conil, como acto seguido veremos. Estos albaranes fueron sustituidos por un único albarán sin número (folio 220), de fecha 22 de octubre de 2008, y las siete facturas emitidas por ARANCE (folios 212 a 218) anuladas y sustituidas por una sola (folio 219), con la misma fecha que el albarán.

En orden a contabilizar la factura, aprovechando que DRAGADOS y "Arance Cádiz, S.A." habían firmado contrato de fecha 1 de marzo de 2006 para el suministro de materiales en la promoción de "San Roque Club" (folio 698 pieza separada documentos núm. 1), el acusado Sr. Eloy, en nombre de DRAGADOS, firmó en fecha 5 de noviembre de 2008 una modificación del primigenio contrato con "Arance Cádiz, S.A." (folio 710 de la pieza separada) con objeto de incluir nuevas unidades y, de esa forma, proporcionar la cobertura necesaria para que, superados todos los controles, la factura fuera pagada por DRAGADOS.

f.- La prueba que permite afirmar que los materiales facturados a DRAGADOS fueron entregados en la obra particular del Sr. Eloy es la siguiente:

- El gerente de "Arance Cádiz, S.A.", D. Maximo, ratificando en todos sus extremos lo que ya había manifestado en instrucción (folio 317), declaró en el juicio que la mercancía de los siete albaranes fue entregada realmente en la CALLE000 núm. NUM000 de la URBANIZACION000, en Conil de la Frontera, aunque en la dirección de entrega figurara San Roque Club; y que el albarán de 20 de octubre de 2008 (folio 220) no obedecía a la realidad; más, tuvieron que proceder así por indicación de Mateo para poder cobrar, pues de otro modo "Arance" no podría cobrar la mercancía que había entregado.



- En la causa por despido 153/10 del Juzgado de lo Social núm. 4 de Sevilla, promovida por Mateo contra DRAGADOS, declaró como testigo D. Raúl, suministrador de sanitarios y azulejos de "Arance Cádiz, S.A." que fue quien atendió el concreto pedido. Su declaración obra en la grabación del juicio laboral (CD doc. 69, al folio 837 de la pieza separada de documentos núm. 1) y fue propuesta como prueba en el presente, dándose por reproducida en el plenario para que surtiera efecto con la conformidad de todas las partes. Declaró el testigo, previa exhibición de los siete albaranes y facturas ya mencionados, que, pese a que él creía que el suministro era para la obra de "San Roque Club", el Sr. Mateo le dijo que era para la CALLE000 NUM000 de Roche, en Conil de la Frontera. Incluso el transportista llegó a personarse en la obra de San Roque con el primer pedido y fue derivado hacia Roche. Añadió que cuando luego se facturó el suministro, el Sr. Mateo le dijo que refundiera todos los albaranes en uno solo y que anulara las facturas sustituyéndolas por la única factura también referida.

- Tres de los albaranes que articulan la entrega de este material, los días 22 de abril y 13 de mayo de 2008 (folios 205, 206 y 207), aparecen firmados en destino por Jose Manuel, DNI NUM003, quien consta dado de alta en la Seguridad Social como trabajador de "Hispalense Asturiana de Obras Civil" en los meses de abril y mayo de 2008. Se da la circunstancia que esta empresa constructora hizo parte de la obra del chalet de Roche según consta en el proceso y sostiene el acusado (TC2 a los folios 713 y 715 de la pieza separada de documentos núm. 1).

- Dos de esos albaranes, de fecha 25 de junio de 2008 (folios 210 y 211), aparecen firmados en destino por Luis Carlos, DNI NUM004, quien aparece dado de alta en la Seguridad Social como trabajador de "Hispalense Asturiana de Obras Civil" en el mes de noviembre de 2008 (TC2 al folio 717 de la pieza separada de documentos núm. 1).

- Otros dos albaranes, folios 208 y 209, aparecen firmados por el Sr. Eloy. Ciertamente, en la demanda que promovió contra DRAGADOS por su despido, el acusado negó ante el Juzgado de lo Social haber firmado esos albaranes. Por invitación del Juez, promovió querrela criminal contra responsables de DRAGADOS, por falsedad de las firmas, que dio lugar a las DP 1229/10 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Sevilla, con la consiguiente suspensión del juicio laboral.

Pues bien, ese proceso penal concluyó con auto de sobreseimiento de fecha 9 de noviembre de 2010 (folio 838 pieza documentos núm. 1), luego confirmado por auto de 12 de abril de 2011 de esta misma Sección Tercera (folio 840 de la pieza); decisión basada en que no existían suficientes indicios de falsedad y no podía negarse que las dos firmas atribuidas al Sr. Eloy en esos albaranes fueran auténticas. Una de las periciales de parte atribuía a éste, de forma categórica, la autoría de las dos firmas, mientras que la pericial del Juzgado mostraba dudas, si bien negando al mismo tiempo que se hubiera producido una impostura en los documentos.

La rotundidad de la prueba que permite afirmar que los materiales articulados en esos albaranes de ARANCE fueron entregados en las obras de su chalet particular, unida a la inconsistente manifestación al respecto del acusado (dijo que esos materiales bien podrían haber sido entregados en obras de familiares del Sr. Mateo, sin explicar qué interés tendrían los responsables de ARANCE en faltar a la verdad) constituye una base de suficiente solidez para, a través de un razonable juicio de inferencia, concluir con certeza que el Sr. Eloy firmó esos albaranes con ocasión de encontrarse en la obra, con lo que queda desacreditada la afirmación del acusado cuando dijo que solo iba a ver la obra los fines de semana.

- Todo lo anteriormente expuesto otorga credibilidad a las ya de por sí creíbles manifestaciones del acusado Mateo cuando, en el mismo sentido, aún a costa del riesgo de asumir responsabilidad a título personal, corroboró que los materiales de esos albaranes de ARANCE fueron servidos en la obra del chalet de la CALLE000 de Roche, si bien a costa de DRAGADOS; y que, para conseguir solapar el verdadero destino tuvieron que sustituir los albaranes y las facturas verdaderas por un albarán y una única factura de contenido instrumental.

- El sentido unidireccional de toda esta prueba, directa e indiciaria, hacia la participación del acusado como único beneficiario de estos hechos, se ve reforzado por hechos perimetrales constatados en el proceso que ponen de manifiesto que el acusado se sirvió a su antojo del patrimonio de DRAGADOS en la obra de su chalet particular. Así: a) en la obra participó tanto personal como contratados de DRAGADOS. Lo manifestó sin ambages el Sr. Mateo y su declaración tiene respaldo en la testifical de Augusto, encargado de obra en la promoción de San Roque, que dijo que el Sr. Eloy, personalmente, le ordenó que hiciera idéntica función en la obra de su chalet, donde estuvo como encargado cuatro o cinco meses, añadiendo que también estuvieron allí otros empleados de DRAGADOS, como Constancio y Desiderio. En la misma línea se expresó -ya se ha apuntado- el representante de la empresa de seguridad contratado para la obra de San Roque, "Bosch y Giraldillo Seguridad, S.L."; b) Norberto manifestó que pagó una factura relacionada con materiales suministrados en el chalet de la CALLE000 y tal aseveración tiene apoyo en la factura emitida por "Permar



Sistemas de Almacenaje" que, junto con su albarán correspondiente, obra aportada al folio 464 de la pieza de documentos núm. 2."

*Deducción de la argumentación del Tribunal de instancia.*

Con todo ello podemos comprobar la existencia de prueba bastante que el tribunal de instancia ha escrito de forma muy detallada y expresiva de la realidad delictiva llevada a cabo por el recurrente, y en un entorno de tres espacios que han sido sistematizados y secuenciados con la debida prueba coexistente en cada uno de ellos antes expuesta.

Se ha desplegado una conducta reiterativa con un modus operandi repetitivo que consta acreditado por las declaraciones de los testigos que han depuesto en el juicio, así como por la declaración de los propios coimputados a las que el propio tribunal otorga plena validez por el carácter de corroboración periférica con otros medios de prueba que acreditan la declaración de los coimputados, evitando con ello las dudas que pueden existir por la reiterada doctrina de esta sala del Tribunal Supremo en torno a las cautelas que deben presidir la valoración de prueba en juicio oral con respecto a los coimputados en el proceso penal.

Es cierto, y lo hemos reiterado con repetición, que la declaración de los coimputados en el proceso penal no puede servir de forma aislada y unilateral para el dictado de una sentencia condenatoria, pero cuando, como en el presente caso, existe una corroboración de esas declaraciones y no existen razón alguna para que esa declaración inculpatoria hacia el recurrente, -que además lo es inculpatoria para sí mismo-, determinen dudas sobre la validez y veracidad de esa declaración, retorna la misma en prueba de cargo determinante que puede ser utilizada en este caso por el tribunal como así ha sido.

Sin embargo, el tribunal ha valorado debidamente estas declaraciones inculpatorias hacia el recurrente por parte de los coimputados a los que utilizó para colaborar y coadyuvar con él en el proceder delictivo que ha sido declarado probado.

Existe, además, al respecto profusa documentación que ha sido relatada y detallada por parte del Tribunal de instancia con sumo carácter exhaustivo en torno a las facturas que se fueron falsificando y documentos para servir de cauce para el proceder delictivo de la estafa, utilizando el conducto falsario para defraudar a la empresa y con enriquecimiento propio.

El tribunal desgrana con sumo detalle el modus operandi del recurrente y se nos muestra con un hilo conductor que sirve para acreditar la existencia de prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia. No se trata, en consecuencia, de si existían facultades limitadas, o no, por parte del recurrente, sino que por su carácter y capacidad dispositiva actuó en perjuicio de la empresa y en beneficio propio utilizando, además, el instrumento de otras personas para poder conseguir sus fines delictivos personales con un claro desprecio a la responsabilidad directiva que debía ejercer en el seno de la empresa y lejos de la cual actuó a sus espaldas con el proceder que se ha declarado probado.

En consecuencia, el alegato exculpatorio del recurrente, o referente a la ausencia de prueba, no puede admitirse entorno a la profusa referencia explicativa del tribunal en torno a la documentación, testifical y declaraciones de acusados que han sido expuestas en un amplio desarrollo de la prueba de cargo existente para el dictado de la sentencia condenatoria. No se trataba, pues, de que el recurrente tuviera facultades de disposición absolutas y totales o limitadas, sino que lo que hizo está probado y que en el ejercicio de su cargo directivo lo utilizó en provecho propio y en perjuicio de la propia empresa.

No puede entenderse, tampoco, que todo el procedimiento se trató de una trampa empresarial contra él, sino que el inicio de la investigación surge precisamente por la detección de su incorrecto proceder y la necesidad de cortar la idea de la delictiva actuación que estaba llevando a cabo. Tanto subordinados como subcontratistas declaran sobre los hechos, además de estar corroborado por suficiente documentación que se cita en la valoración de la prueba que consta la sentencia antes relacionada, admitiendo los hechos los coimputados con su propia implicación.

No puede entenderse, de esta manera, qué beneficio podrían tener los coimputados cuando declaran lo que declaran respecto a la licitud de las actuaciones que se están produciendo por el recurrente, por lo que el ánimo espurio queda absolutamente descartado, además de la corroboración de esas declaraciones con la profusa documentación acompañada de las actuaciones y reflejada por el tribunal la sentencia.

No se trata, tampoco, de que hubiera un exceso en sus funciones, sino que el ejercicio de estas fue delictivo conforme se declaran los hechos probados; todo ello, corroborado por la prueba reflejada por el tribunal. Y no se trata, tampoco, de que hubiera ejecución de obras de favor como práctica de la empresa, sino que, en concreto, la realizada por el recurrente era una práctica delictiva.





Importante a los efectos de la valoración probatoria es la constancia en la sentencia de que *las declaraciones de Eutimio, Norberto y Primitivo, puestas en relación con el contenido del informe de auditoría interna realizado por DRAGADOS en la Delegación de Andalucía Occidental Edificación (pieza separada de documentos núm. 1), pone de manifiesto suficientes evidencias de que los trabajos a particulares que el Sr. Eloy ordenaba a Eutimio y que este encargaba a "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." y a "Reformas Ortiz, S.L." se incluían posteriormente en contratos y facturas falsas girados contra DRAGADOS, cuyo importe representaba, no solo los trabajos o cometidos verdaderamente realizados por el subcontratista, sino un porcentaje de aumento del 62%. Las anotaciones manuscritas descubiertas en el trabajo de auditoría, tal y como con toda lógica y coherencia ratificó y explicó en el plenario el testigo Agustín, así permiten afirmarlo, pues todas esas anotaciones fueron reconocidas como auténticas por Eutimio en su declaración ante el Juzgado de Instrucción, que fue íntegramente ratificada en el acto de juicio oral...*

conclusión de que el 62% del importe que DRAGADOS pagó a los subcontratistas por las facturas ficticias del Parlamento y del hipódromo fue retornado por éstos, en metálico, mediante sobres que entregaron en la sede de DRAGADOS; y también es posible, a través de un razonable juicio de inferencia, concluir que ese dinero fue entregado al Sr. Eloy.

Importante es que se hace constar que: *más de un año antes, el 27 de marzo de 2007 (folio 481), Norberto había presentado en la Delegación de Andalucía Occidental de DRAGADOS un documento manuscrito, que tiene estampado un sello de entrada de la Delegación territorial de DRAGADOS, fechado el mismo día, en el que ya ponía de manifiesto las importantes irregularidades que se estaban cometiendo, todas anteriores a los hechos objeto de acusación. A ese manuscrito le siguieron otros (folios 482 a 484), todos con sello de entrada, en fechas 18 de junio de 2007, 11 de febrero de 2008 y 2 de febrero de 2009.*

*Sin perjuicio de que al analizar la concreta responsabilidad del subcontratista Norberto expongamos con amplitud el contenido de esas cartas o documentos, es necesario dejar ahora constancia de los extremos importantes que denunciaba el Sr. Norberto ante la Delegación territorial de DRAGADOS más de un año antes de los hechos objeto de esta acusación.*

Surge, pues, la articulación de una especie de "canal de denuncias" donde ya se había advertido el incorrecto proceder, y determina la necesidad que ello tenga efecto en las empresas para evitar estas actuaciones. Y todo ello corrobora y evidencia la existencia de las actuaciones delictivas que se han llevado a cabo. pero también la necesidad de que se debía haber puesto en marcha un adecuado programa de cumplimiento normativo para evitar este tipo de irregularidades en las actuaciones de responsables directivos que, lejos de cumplir con sus obligaciones, aprovechaba su actividad en el seno de la empresa para llevar a cabo las actuaciones delictivas que han sido declaradas probadas y por las que ha sido condenado.

El motivo se desestima.

**TERCERO.-** 2.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por errónea aplicación del artículo 248.1, 250.6 y 77 del Código Penal.

Señala el recurrente que "no puede predicarse que se realizaran actos de disposición patrimonial del engañado o de un tercero característico de la estafa, precisando esta figura delictiva una diversidad de sujetos, el que realiza el engaño y el que sufre el error, quien debe además realizar el acto de disposición, situación ésta que no se da en los hechos enjuiciados. Es decir, esta doble actuación que se reconoce al protagonismo del Sr. Eloy en los hechos probados impide que puedan ser calificados como de estafa".

Se formula ex art. 849.1 LECRIM y ello exige el más absoluto respeto a los hechos probados.

Consta en los hechos probados que el recurrente:

*"Aprovechando las importantes facultades de decisión y gestión que le otorgaba tan alto rango, y guiado por el propósito de enriquecerse, Eloy ideó y puso en marcha un plan orientado a provocar que DRAGADOS realizara importantes desembolsos de dinero por obras que, en verdad, no se realizaban o que, realizándose, eran ajenas al objeto social o interés de la empresa y redundaban en provecho particular del acusado, con el consiguiente incremento de su patrimonio..."*

Todo ello, para, más tarde, desarrollar en los hechos probados las conductas llevadas a cabo por medio del modus operandi que se ha descrito en los hechos probados ya referido.

Sin embargo, no puede admitirse la tesis de que no existe delito de estafa. Y ello, porque:

1.- El recurrente trabaja para la empresa Dragados y lleva a actos dispositivos para engañarla, y, con ese engaño, llevar a cabo la facilitación de la disposición patrimonial en perjuicio de la empresa.



2.- La existencia del engaño por el modus operandi descrito en los hechos probados y desarrollado más tarde en la sentencia se produce para que concorra la necesaria confirmación por Dragados para la validación y control central de la compañía, de los pagos con cargo a la misma ordenados por aquél (y en definitiva por cualquier unidad). Y ello se prueba del solo hecho de la necesidad que tuvieron los condenados de adjuntar -para que se efectuaran y confirmaran dichos pagos- facturas y contratos ficticios a modo de soporte documental, que si se preparan en ese modo no es para la sola comprobación de los condenados -innecesaria si todos en la cadena territorial estaban en connivencia- sino para burlar los mecanismos centrales y superiores de control de pagos de la propia empresa.

3.- En el mecanismo de funcionamiento del circuito de facturas (f. 51 de autos), en el esquema implantado aparece la mención de "confirmación de pagos, aprobación del delegado envío de confirming a central", de lo que resulta que Dragados, S.A., en el control central de abono de facturas es engañada a través de la documentación falsa que se le remitía.

Los pagos, mediante sistema de confirming, se realizan en última instancia desde la Central de Dragados ubicada en Madrid. En definitiva, Dragados es objeto del engaño (emisión de contratos, mediciones y facturas, en definitiva documentación de soporte falsa) que produce el error y permite pasar el sistema de confirmación del abono de facturas, dándose entonces el acto de disposición definitivo por la empresa a las cantidades.

4.- No hay confusión entre el recurrente y la entidad Dragados. No son la misma persona, ni se confunden. La actuación y modus operandi del recurrente tenía el fin de engañar a Dragados y poder diseñar una estructura para que por medio de las facturas realizar los actos defraudatorios y causar un perjuicio patrimonial a Dragados y un perjuicio a la misma y beneficio propio.

5.- Consta en los hechos probados que: *"Una de las dinámicas comisivas utilizada fue simular la realización de ampliaciones de obra sobre adjudicaciones previas de DRAGADOS con terceras entidades, de manera que, estando ya finalizada e íntegramente ejecutada una concreta obra y, por tanto, en periodo de garantía, se ponía en marcha una contratación adicional ficticia sobre cualquier base que pudiera justificarla, como podía ser la existencia de deficiencias necesitadas de urgente reparación. En otras ocasiones, se compraban a nombre y por cuenta de DRAGADOS suministros que se aparentaban como destinados a una obra de la empresa y, sin embargo, eran desviados hacia una obra particular o a usos distintos de los originales."*

Con ello, para defraudar y estafar a Dragados "simulaba" ampliaciones de obra sobre adjudicaciones de Dragados con entidades, lo que determina el engaño previo determinante de la facilidad del desplazamiento patrimonial que se llevaba a cabo con la autorización de la propia empresa y el concurso de las facturas falsas para conseguir el fin determinado previamente.

Se hace constar en los hechos probados, pues, la existencia de "contratación adicional ficticia" que pudiera justificar el operativo, lo que es la base y estructura del engaño.

Refiere también que se articulaba también por medio de:

a.- Existencia de deficiencias necesitadas de urgente reparación.

b.- Se compraban a nombre y por cuenta de DRAGADOS suministros que se aparentaban como destinados a una obra de la empresa y, sin embargo, eran desviados hacia una obra particular o a usos distintos de los originales.

Resulta evidente que ello constituye actos de engaño bastante determinantes del tipo penal de la estafa y destinado a conseguir el desplazamiento patrimonial con perjuicio económico de la empresa y beneficio propio.

6.- Para conseguir el desplazamiento patrimonial, el recurrente sabía que la empresa para que la que trabajaba exigía un procedimiento protocolizado que es lo que "disfraza" el recurrente por medio de engaño bastante para conseguir esos pagos sin despertar sospechas o dudas acerca de que lo que se estaba haciendo era irregular.

Para ello, consta en los hechos probados que:

*"DRAGADOS tenía establecido al tiempo de los hechos un sistema interno para el pago de las distintas facturas a terceros, proveedores y subcontratistas que, en esencia, exigía:*

a) *un contrato válidamente firmado, o ampliación de uno anterior, con arreglo al cual se iban facturando posteriormente los trabajos realizados y los suministros recibidos conforme a las certificaciones de obra;*

b) *la firma del Jefe de Obra dando validez a la factura;*

c) *la firma del departamento de administración; y*



d) *la firma final del Delegado"*

Este operativo sabía que debía ejecutarlo para "poder engañar" a Dragados, porque en su defecto el desplazamiento patrimonial era imposible por los controles internos que exigían ese diseño previo al pago.

7.- *La necesidad del uso de las facturas falsas como medio para conseguir ejecutar la estafa a Dragados.*

Señalan, así, los hechos probados que:

*"Dado que los desembolsos en un expediente o contrato necesariamente debían articularse a través del pago de facturas, la dinámica comisiva pergeñada por el acusado precisaba de la introducción en el sistema informático de la empresa de contratos, albaranes y facturas ficticias como documentación instrumental. De ahí que fuera obligado el concurso de todas las categorías concernidas en el proceso ordinario para la elaboración, formalización, fiscalización y firma de tales instrumentos; a saber, Delegado territorial, Jefe de Obra y contratista o subcontratista. Plasmadas las firmas pertinentes, tanto en la factura como en el contrato o documentación de respaldo, se generaba un pago por DRAGADOS revestido de apariencia legítima."*

En un caso similar al actual esta Sala confirmó la condena por concurso medial entre estafa y falsedad en la sentencia reciente del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 893/2021 de 18 Nov. 2021, Rec. 5664/2019 donde se trató de un caso de un alto directivo de empresa que, concertado con un tercero que emitía facturas falsas por trabajos y servicios no prestados, dispuso en su propio beneficio de la gestión del presupuesto de su principal cuya gestión tenía encomendada, superando el fraude el millón de euros. El condenado por delito de concurso medial de estafa y falsedad se aprovechó de su cargo de responsabilidad en la empresa aseguradora para con la colaboración de tercero llevar a cabo disposiciones que repercutían en su beneficio y perjuicio de la empresa.

El enclave era idéntico al caso presente, dado que se trataba de un alto directivo que conocía el iter procedimental que debía seguir para llevar a efecto el acto defraudatorio por medio de la articulación de un modus operandi con engaño para llevar a cabo el desplazamiento patrimonial con beneficio propio y perjuicio de la empresa. Además, el engaño debía ser bastante, como lo fue, al igual que en este caso, para poder vencer los protocolos de control interno al servicio del fraude.

Se recoge en la antes sentencia citada de la Sala que:

"Con ello, la calificación de los hechos es acertada, ya que la existencia de las facturas creadas ex novo sin contenido subyacente sirvió para el fin pretendido del fraude interno a la empresa.

Con respecto de la estafa señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo 109/2020 de 11 Mar. 2020, Rec. 2381/2018 que se requiere:

"1. Un engaño como requisito esencial por constituir su núcleo o esencia, que ha de ser considerado con entidad suficiente para producir el traspaso patrimonial de carácter precedente o concurrente a la defraudación, maliciosamente provocado.

2. Error esencial en el sujeto pasivo, al dar por ciertos los hechos mendaces simulados por el agente, conocimiento inexacto de la realidad del desplazamiento originador del perjuicio o lesión de sus intereses económicos.

3. Acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño sufrido, que en numerosas ocasiones adquiere cuerpo a través de pactos, acuerdos o negocios.

4. Ánimo de lucro, ya sea en beneficio propio o de un tercero, deducible del complejo de los actos realizados.

5. Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, apareciendo éste como inexorable resultado, toda vez que el dolo subsequens, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trata, equivale a un mero incumplimiento de lo pactado, el que incluso, siendo intencional, carece de relevancia penal y debe debatirse exclusivamente en el campo privado.

6. Propósito de no cumplir o de tan sólo iniciar su cumplimiento, para desembocar en un definitivo incumplimiento."

Existe un concierto de voluntades descrito en los hechos probados entre ambos recurrentes para ponerse de acuerdo en la confección de facturas falsas para aparentar la prestación de servicios a Helvetia en beneficio de los recurrentes y perjuicio de la empresa.

Y hemos precisado que la falta de control y detección de la empresa no puede interpretarse como un acto "colaborativo" con los hechos, sino simplemente que no hubo una conducta preventiva de detección de posibles conductas de fraude interno en la empresa, que es, precisamente, de lo que se aprovechan directivos y/o



empleados en el fraude interno, como aquí ocurrió, y, además, con la circunstancia de la extensión temporal del fraude, lo que evidenció la defectuosa cobertura de planes eficaces de compliance, que de haber sido implementados de forma eficaz hubieran podido cortar antes el fraude, o, incluso, evitarlo. Pero ello no puede correr en beneficio del recurrente, o que opere como una "suerte" de presunción de que la empresa lo sabía y asintió en esta conducta, lo que en modo alguno forma parte de los hechos probados.

... Con ello, existe una adecuada y correcta subsunción de los hechos respecto a la condena por un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los artículos 392.1º en relación al artículo 390.1.2º con aplicación del artículo 74 en concurso medial del artículo 77 con un delito continuado de estafa de los artículos 250.1.5º del Código Penal, vigente a la fecha de los hechos, con respecto a ambos, siendo también de aplicación al recurrente la agravante del número 6."

Por todo ello, el caso es similar al presente y la condena lo fue de concurso medial de estafa y falsedad continuado.

El Tribunal de instancia ha destacado de forma detallada la concurrencia de los elementos de la estafa que antes hemos citado, pero, sobre todo, el relativo al engaño, puntualizando que:

"En nuestro caso, concurren los elementos típicos que configuran este delito, pues se habrían fingido obras y suministros inexistentes con la finalidad de engañar a la empresa y obtener un ilícito enriquecimiento. Para crear esa apariencia, se organizó una documentación de respaldo -contratos y facturas- de suficiente solidez en orden a superar los mecanismos internos de control y fiscalización y provocar desembolsos económicos de gran envergadura.

Fueron repetidos los contratos de obra que se firmaron, a sabiendas de que los trabajos no se iban a realizar, con la finalidad de crear el marco en el que justificar el pago de facturas ficticias que emitían subcontratistas y proveedores y eran firmadas, también de manera consciente, por Jefes de Obra; facturas que, autorizadas finalmente con su firma por el Delegado territorial, eran pagadas en perjuicio de las arcas de DRAGADOS.

En contra de la línea de argumentación de alguna de las defensas, DRAGADOS no sufre un perjuicio a raíz de decisiones y conductas de empleados en el ámbito de sus respectivas competencias, sino a causa un ardid que se puso en escena para provocar que, presa de engaño, la empresa abonara cantidades reflejadas en facturas que no respondían a obra alguna que legítimamente hubiera decidido, ni a suministro real por ella contratado, pero a las que se había dotado de una falsa apariencia de legitimidad con la adición de firmas que, por sí mismas, tenían virtualidad para representarla, cuales eran las del Jefe de Obra y la del Delegado. Con su respectiva participación, los acusados hicieron creer que se trataba de obras debidamente encargadas, contratadas y realizadas, originando así el error que motivó que la empresa las abonara.

Por lo que hace al pago por parte de DRAGADOS de materiales suministrados en una obra del todo ajena a sus intereses, cuál era la del chalet propiedad de "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L.", en intento de solapar el verdadero destino de esos materiales, el acusado firmó una modificación al contrato inicial que vinculaba a ARANCE con DRAGADOS en otra obra, cuál era la de San Roque. Además, ARANCE fue inducida a anular las siete facturas verdaderas que inicialmente había presentado con objeto de que emitiera una única factura ficticia o mendaz, la de fecha 22 de octubre de 2008 (folio 219), cuyo contenido estuviera adaptado al que era propio de la promoción de San Roque; respaldada dicha factura por un albarán confeccionado ad hoc, de la misma fecha (folio 220), encargándose el jefe de obra de anular en el sistema de administración de DRAGADOS los siete albaranes de entrega de material en la obra particular de la CALLE000 núm. NUM016 de Roche. De esta forma, si las iniciales facturas (folios 212 a 218) reflejaban materiales propios de los baños de un inmueble como el de Roche, el contenido de la que finalmente se emitió enmascaraba ese destino real al incluir un número de unidades más propio de una promoción.

En todas las ocasiones es clara la concurrencia de un engaño precedente o concurrente que resultó bastante para conseguir el fin propuesto; esto es, la producción de un error esencial en la empresa, desconocedora de lo que constituía la realidad que le fue ocultada, que se materializó en sendos y repetidos actos de disposición patrimonial en perjuicio de DRAGADOS y correlativo beneficio de los acusados y de terceros, existiendo una adecuada relación de causalidad entre el engaño y el acto de disposición de la empresa perjudicada, víctima de ese engaño. Fueron los acusados quienes, al simular la realización de obras ficticias, crearon una falsa apariencia de legitimidad a modo de engaño bastante y relevante que indujo a error a DRAGADOS para realizar los importantes actos de disposición que han sido acreditados."

En efecto podemos concluir en la Sala a raíz de lo expuesto que:

a.- Se fingen obras y suministros inexistentes con la finalidad de engañar a la empresa y obtener un ilícito enriquecimiento.





- b.- Se organizó una documentación de respaldo -contratos y facturas- de suficiente solidez en orden a superar los mecanismos internos de control y fiscalización y provocar desembolsos económicos de gran envergadura.
- c.- Se simulan contratos de obra que se firmaron, a sabiendas de que los trabajos no se iban a realizar, con la finalidad de crear el marco en el que justificar el pago de facturas ficticias que emitían subcontratistas y proveedores y eran firmadas, también de manera consciente, por Jefes de Obra.
- d.- Las facturas eran autorizadas finalmente con su firma por el Delegado territorial, y eran pagadas en perjuicio de las arcas de DRAGADOS.
- e.- Es, por ello, por medio del engaño, por lo que la empresa perjudicada abonara cantidades reflejadas en facturas que no respondían a obra alguna que legítimamente hubiera decidido, ni a suministro real por ella contratado, pero a las que se había dotado de una falsa apariencia de legitimidad con la adición de firmas que, por sí mismas, tenían virtualidad para representarla.
- f.- Es clara la concurrencia de un engaño precedente o concurrente que resultó bastante para conseguir el fin propuesto; esto es, la producción de un error esencial en la empresa, desconocedora de lo que constituía la realidad que le fue ocultada, que se materializó en sendos y repetidos actos de disposición patrimonial en perjuicio de DRAGADOS y correlativo beneficio de los acusados y de terceros, existiendo una adecuada relación de causalidad entre el engaño y el acto de disposición de la empresa perjudicada, víctima de ese engaño.

Con ello, concurren:

1. Un engaño bastante.
2. Error esencial en el sujeto pasivo, al dar por ciertos los hechos mendaces simulados por el agente, conocimiento inexacto de la realidad del desplazamiento originador del perjuicio o lesión de sus intereses económicos.
3. Acto de disposición patrimonial consecuencia del engaño sufrido, que en numerosas ocasiones adquiere cuerpo a través de pactos, acuerdos o negocios.
4. Ánimo de lucro, ya sea en beneficio propio o de un tercero, deducible del complejo de los actos realizados.
5. Nexo causal entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado.

De los hechos probados resulta evidente el juicio de subsunción en el delito de estafa por el que el recurrente ha sido condenado.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** 3.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por errónea aplicación del artículo 390.1.2º y 77 del Código Penal.

Frente al alegato del recurrente de que no hay falsedad documental hay que reseñar que las obras de reparación del Parlamento y del Hipódromo fueron ficticias y que los contratos para su realización y las facturas abonadas fueron completamente simulados.

No hay que olvidar que el motivo se articula por la vía del art. 849.1 LECRIM que exige el absoluto respeto de los hechos probados y a este respecto se recoge que:

"Una de las dinámicas comisivas utilizada fue simular la realización de ampliaciones de obra sobre adjudicaciones previas de DRAGADOS con terceras entidades, de manera que, estando ya finalizada e íntegramente ejecutada una concreta obra y, por tanto, en periodo de garantía, se ponía en marcha una contratación adicional ficticia sobre cualquier base que pudiera justificarla, como podía ser la existencia de deficiencias necesitadas de urgente reparación. En otras ocasiones, se compraban a nombre y por cuenta de DRAGADOS suministros que se aparentaban como destinados a una obra de la empresa y, sin embargo, eran desviados hacia una obra particular o a usos distintos de los originales.

...

Dado que los desembolsos en un expediente o contrato necesariamente debían articularse a través del pago de facturas, la dinámica comisiva pergeñada por el acusado precisaba de la introducción en el sistema informático de la empresa de contratos, albaranes y facturas ficticias como documentación instrumental. De ahí que fuera obligado el concurso de todas las categorías concernidas en el proceso ordinario para la elaboración, formalización, fiscalización y firma de tales instrumentos; a saber, Delegado territorial, Jefe de Obra y contratista o subcontratista. Plasmadas las firmas pertinentes, tanto en la factura como en el contrato o documentación de respaldo, se generaba un pago por DRAGADOS revestido de apariencia legítima.



Para superar los filtros de ese sistema, el Sr. Eloy hubo de recabar la imprescindible colaboración de dos subordinados de la Delegación Territorial, Jefes de Obra de DRAGADOS adscritos a la Sección de Edificación: el acusado Eutimio, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, y el también acusado Mateo, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, que a la sazón era Coordinador de Obras.

También contó con la participación de dos subcontratistas que trabajaban habitualmente para DRAGADOS: el acusado Norberto, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, administrador único de la mercantil "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L."; y el también acusado Primitivo, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, administrador único de la mercantil "Reformas Ortiz, S.L."

Se relacionan a continuación las operaciones ficticias y fraudulentas con alteración documental llevadas a cabo con respecto a la sede del Parlamento de Andalucía, al hipódromo de la ciudad de Dos Hermanas y chalet particular en la URBANIZACION000 de Conil de la Frontera.. Se relacionan facturas que fueron pagadas por "Dragados, S.A." bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo.

Se remite la sentencia a la falsedad del art. 390.1.2º CP que castiga al que cometa falsedad "simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad".

Se relacionan por el Tribunal de forma detallada los documentos falsarios llevados a cabo respecto a obras del Parlamento de Andalucía, al hipódromo de Dos Hermanas y hechos de "Arance Cádiz, S.A."

Destaca el tribunal de instancia que existe "simulación de operaciones mercantiles mediante la firma de contratos de obra ficticios que aparentaban trabajos inexistentes y a la emisión de facturas artificiosas enlazadas con aquellos contratos. Tales facturas ficticias fueron firmadas por los acusados y fueron pagadas por "Dragados, S.A." bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo. La relevancia penal de este proceder parece indiscutible".

Los documentos eran falsos. Y para el fin defraudatorio por medio de engaño el recurrente utilizó contratos, albaranes y facturas ficticias como documentación instrumental para defraudar a Dragados y beneficiarse personalmente de todo el operativo que había diseñado. No podía perpetrar la estafa a Dragados si no era por medio de la existencia y aportación medial de la estructura falsaria de contratos, facturas y albaranes falsos que no respondían a la realidad, y todo ello para evitar la detección de los "cortafuegos" del protocolo diseñado por Dragados acerca de cómo debía diseñarse todo el camino de funcionamiento interno para realizar un pago.

Conocedor de todo ello el recurrente por su alto cargo en la empresa sabía cómo debía diseñar la estructura falsaria para poder perpetrar la estafa y así lo estructura con la participación necesaria en todo ello del resto de personas implicadas en el operativo.

Sobre la falsedad del art. 390.1.2º CP hemos señalado en Sentencia del Tribunal Supremo 672/2019 de 15 Ene. 2020, Rec. 2452/2018 que:

*"En el artículo 390.1.2º del Código Penal se describe como una de las modalidades del delito de falsedad documental "simular un documento en todo o en parte de manera que induzca a error sobre su autenticidad". Simular equivale a crear un documento que, en su estructura y forma, tenga una apariencia de veracidad. Para que la simulación sea punible se requiere la existencia del documento simulado y que éste induzca a error sobre su autenticidad. La autenticidad supone la aptitud para ser considerado auténtico en el tráfico jurídico, pero el sentido de lo auténtico puede referirse a que el contenido responda a la realidad o que haya sido suscrito por quienes se dice que han intervenido, por más que el contenido de sus manifestaciones no sea cierto.*

*Para una parte de la doctrina la autenticidad incluye todos los elementos que sirven para identificar el documento (lugar, fecha, hecho o negocio que documenta y conformidad de ese negocio con la verdad). Se trata de una concepción amplia de autenticidad en el que la autoría es sólo uno de los elementos que contribuyen a la individualización del documento, pudiendo llegar a incluir también su contenido. Para otros autores la autenticidad se limita a la veracidad en el emisor del documento.*

*La formulación del Código Penal plantea un serio problema porque la simulación de un documento y la suposición falsa de intervención de una persona o la atribución a una persona de manifestaciones inveraces (conductas penadas en el artículo 390.1. 2º y 3º CP), que son falsedades típicas, no son sino modalidades de la llamada falsedad ideológica ( art. 390.1º.4º CP), ya que lo que se hace en todos los casos es faltar a la verdad en el contenido del documento. Por ello hace años surgió un vivo debate en la jurisdicción penal en relación con qué se debe entender por falsedad ideológica ya que ésta última, ha quedado despenalizada en el caso de que sea cometida por particulares ( artículo 392 y 395 CP).*



*Esta Sala mantuvo posturas discrepantes en dos sentencias muy relevantes (Caso Filesa STS 1/1997, de 28 de octubre y Caso Argentia Trust, STS 224/1998, de 26 de febrero) En la primera de las sentencias citadas, partiendo de una concepción amplia de autenticidad, se consideró que había falsedad por simulación en el supuesto de la emisión de una factura emitida sin existir la relación negocial que justificara su emisión y en la segunda de las sentencias, desde una concepción más restrictiva, se dijo que una factura emitida por una persona que reconoce su emisión es auténtica, por más que su contenido no responda a la realidad.*

*A partir del Pleno no jurisdiccional de 26/02/1999 se fijó doctrina que permanece invariable en nuestros días. Esa doctrina se condensa, entre otras, en la STS núm. 817/1999, de 14 de diciembre, en la que se afirma lo siguiente: "un documento exige una persona que lo elabora, confecciona o suscribe; generalmente presupone una realidad objetiva en cuyo seno el documento se origina, y por la que se explica su propia existencia; y posee un concreto contenido de afirmaciones o negaciones como verdades relatadas. Puede decirse que la falta de verdad en la narración de los hechos entraña mendacidad en lo que el contenido del documento relata, mientras que la inautenticidad atañe al origen creador ya sea en su dimensión subjetiva es decir la de la identidad de la persona que aparece como autora del mismo, o sea en su dimensión objetiva que afecta a aquella supuesta realidad antecedente que condujo o determinó la elaboración misma del documento y que éste, por el solo hecho de existir -con independencia de la fidelidad mayor o menor de su contenido- presupone como realidad objetiva verdadera. Si el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece originado subjetivamente por persona distinta de la que en la realidad fue su autora. Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2 del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4 del artículo 390 del Código Penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido".*

*Esta Sala, por tanto, viene adoptando un concepto amplio de autenticidad, conforme con su significado literal, incluyendo en esta modalidad falsaria tanto los supuestos de formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (falta de autenticidad subjetiva o genuinidad), como los de formación de un documento esencialmente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente o sustancialmente diferente de la real (falta de autenticidad objetiva). ( STS 797/2015, de 24 de noviembre, 1212/2004, de 28 de octubre, 1345/2005, de 14 de octubre, 37/2006, 25 de enero, y 298/2006, de 8 de marzo. En ambos casos hay simulación debido a los efectos del artículo 390.1. 2º del Código Penal.*

*En la misma dirección venimos afirmando que "la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerada la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2º del C. Penal, de modo que, según la doctrina de esta Sala, constituye falsedad la simulación consistente en la completa creación "ex novo" de un documento con datos inveraces y relativos a un negocio o a una realidad cuya existencia se pretende simular pues, verdaderamente, no existe en modo alguno ( SSTS 1302/2002, de 11 de julio; 1212/2004, de 28 de octubre; núm. 1345/2005, de 14 de octubre; 37/2006, 25 de enero; y 298/2006, de 8 de marzo y 280/2013, de 2 de abril).*

*También hemos dicho que "el apartado segundo del art. 390.1 comprende aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente (784/2009, de 14 de julio; 278/2010, de 15 de marzo; 1064/2010, de 21 de octubre; y 1100/2011, de 27 de octubre, STS 309/2012, de 12 de abril)."*

*También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 232/2022 de 14 Mar. 2022, Rec. 2509/2019 se incide en que:*

*"La línea que finalmente se ha impuesto, considera que se produce total o parcial simulación cuando el documento se crea expreso con la finalidad de acreditar un hecho o circunstancia inveraz, por inexistente, en el tráfico jurídico donde proyecta o debe proyectar la función de garantía que le es propia -vid. Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional de 26 de febrero de 1999-.*

*Y entendemos que este es, con claridad, el caso que nos ocupa. La falsedad no se proyecta exclusivamente en alteraciones de la verdad de algunos de los extremos consignados en los documentos, sino que estos se confeccionaron deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico, con una específica finalidad probatoria en el proceso civil, una relación negocial con contenidos inexistentes. No es una simple cuestión de antedatación de lo auténtico, lo que sería, prima facie, irrelevante penalmente ex artículo 390.1. 4º CP -vid. STS 277/2018, de 8*



de junio -, sino de la creación de un documento con evidente relevancia jurídica por su potencial capacidad para inducir error sobre su autenticidad, en un sentido amplio. Como se precisa en la STS 1954/2002 de 29 de enero de 2003, núm., "en términos generales, un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa. Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento "genuino" con el documento "auténtico", pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como "auténtico" por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material. Auténtico, según el diccionario de la Lengua Española en su primera acepción, significa "acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren", por lo que constituye un término que se vincula también con la veracidad (cierto), mientras que "genuino" significa "puro, propio, natural, legítimo", sin especial vinculación con la veracidad y si con la procedencia ("propio" de quien lo emite). En este sentido constituye el entendimiento natural del término estimar que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad. En definitiva, se acoge un criterio lato de autenticidad por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma, así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma. También se toma en consideración el bien jurídico protegido, ya que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, resultando relevante para el cumplimiento de esta función la fiabilidad de su objeto y no solamente la de su autoría".

*Interpretación del concepto de autenticidad en la aplicación de la modalidad falsaria de la simulación documental que ha sido expresamente validada como conforme con las exigencias derivadas del principio de lex stricta por la STC 123/2001, de 4 de junio ."*

Y esta creación ad hoc de documentos para el fin pretendido consta en la redacción de hechos probados. Recordemos:

*"Aprovechando las importantes facultades de decisión y gestión que le otorgaba tan alto rango, y guiado por el propósito de enriquecerse, Eloy ideó y puso en marcha un plan orientado a provocar que DRAGADOS realizara importantes desembolsos de dinero por obras que, en verdad, no se realizaban o que, realizándose, eran ajenas al objeto social o interés de la empresa y redundaban en provecho particular del acusado, con el consiguiente incremento de su patrimonio.*

*Una de las dinámicas comisivas utilizada fue simular la realización de ampliaciones de obra sobre adjudicaciones previas de DRAGADOS con terceras entidades, de manera que, estando ya finalizada e íntegramente ejecutada una concreta obra y, por tanto, en periodo de garantía, se ponía en marcha una contratación adicional ficticia sobre cualquier base que pudiera justificarla, como podía ser la existencia de deficiencias necesitadas de urgente reparación. En otras ocasiones, se compraban a nombre y por cuenta de DRAGADOS suministros que se aparentaban como destinados a una obra de la empresa y, sin embargo, eran desviados hacia una obra particular o a usos distintos de los originales.*

*DRAGADOS tenía establecido al tiempo de los hechos un sistema interno para el pago de las distintas facturas a terceros, proveedores y subcontratistas que, en esencia, exigía: a) un contrato válidamente firmado, o ampliación de uno anterior, con arreglo al cual se iban facturando posteriormente los trabajos realizados y los suministros recibidos conforme a las certificaciones de obra; b) la firma del Jefe de Obra dando validez a la factura; c) la firma del departamento de administración; y d) la firma final del Delegado.*

*Dado que los desembolsos en un expediente o contrato necesariamente debían articularse a través del pago de facturas, la dinámica comisiva pergeñada por el acusado precisaba de la introducción en el sistema informático de la empresa de contratos, albaranes y facturas ficticias como documentación instrumental. De ahí que fuera obligado el concurso de todas las categorías concernidas en el proceso ordinario para la elaboración, formalización, fiscalización y firma de tales instrumentos; a saber, Delegado territorial, Jefe de Obra y contratista o subcontratista. Plasmadas las firmas pertinentes, tanto en la factura como en el contrato o documentación de respaldo, se generaba un pago por DRAGADOS revestido de apariencia legítima."*

La inautenticidad del documento se conecta con la inexistencia de obra física subyacente, que es lo que determina que la documentación está creada ex profeso para dar cabida y soporte documental a la estructura delictiva conformada por el sustrato falsario para dar apariencia de veracidad y realidad de obras inexistentes.

Nos encontramos, pues, en este caso con documentos inauténticos que no responden a una realidad subyacente. Fueron en su diseño y confección el instrumento medial necesario para conseguir el fin previsto por el recurrente en su ideario defraudatorio a la empresa para que la trabajaba en un cargo de alta dirección. Se prevale, precisamente, de su función y posición para, por medio de su ascendencia, convencer a otras personas que coadyuvaran con él para salvar los "cortafuegos" puestos por la empresa para vender la oposición a que





no se pagaran esas facturas. El soporte medial e instrumental de las mismas, y que era falsario, era necesario para llevar a efecto los pagos con perjuicio de la empresa.

Se produce con los documentos falsarios que se han creado un *desajuste absoluto* entre la realidad física documental creada ad hoc por los condenados y la realidad física de unas obras ficticias. Se sanciona, así, " *la apariencia física de obras*" por un soporte documental irreal que es, por ello, falsario ex art. 392 CP.

Señala el Tribunal que:

*"Conforme al art. 77.2 del Código Penal en su redacción vigente al tiempo de los hechos, el concurso medial se resuelve con la aplicación en su mitad superior de la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.*

*Por tanto, la pena básica para el acusado será la de la estafa, prisión de tres años, seis meses y un día a seis años y multa de nueve meses y un día a doce meses.*

*Consideramos que, dentro del arco punitivo, al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, el acusado no merece una pena mínima. La gravedad de los hechos no sólo resulta de la importante cuantía de la defraudación sino, señaladamente, del elevado número de títulos mercantiles con falsedades subyacentes que puso en circulación; de su absoluto protagonismo al orientar y dirigir la actuación de los otros acusados para engañar y defraudar a su empresa prevaleciendo de la confianza que habían depositado en él al asignarle tan alto cargo como el que desempeñaba; de su actitud pertinaz al negar los hechos con insolencia y desprecio de tan importantes evidencias; y, sobre todo, del absoluto agravio que su postura ha representado para los restantes acusados, a los que ha intentado culpar en exclusiva, señaladamente para sus dos subordinados. Entendemos, por todas las circunstancias concurrentes, que debe ser condenado a pena de prisión de cuatro años y nueve meses, y multa de once meses, con cuota diaria de seis euros; pena que se desenvuelve en la mitad del arco punitivo."*

En este sentido la pena se enmarca en la consideración de la estafa agravada en la pena en su mitad superior.

El Tribunal ha motivado de forma suficiente la pena a imponer en atención a la gravedad del hecho y circunstancias del autor. Se trata de un quantum indemnizatorio relevante y de una práctica muy grave en el seno de una empresa por quien tiene amplias responsabilidades que le lleva a actuar con honestidad y honradez en el desempeño de su actividad, sin poder llevar a cabo conductas como las declaradas probadas en detrimento de su propia empresa, y que por la confianza depositada en el mismo no se esperaba esa defraudación por la conducta realizada amparándose en sus facultades dispositivas en la empresa.

Todo ello nos vuelve a reconducir en estos casos a la necesidad de que los programas de cumplimiento normativo se implanten en las empresas, a fin de evitar casos como el que aquí ha ocurrido, en el que la ausencia de control también propicia, motiva y facilita que se produzcan este tipo de situaciones.

La presencia del cumplimiento de la ética y del derecho en el seno de las empresas mediante la implantación del *compliance* evita este tipo de circunstancias en las que el exceso de confianza en las personas con responsabilidades en la propia corporación facilita la comisión de este tipo de actos que, evidentemente, conllevan un reproche, no solamente interno en la empresa, sino social y colectivo por la defraudación de la confianza puesta en la empresa en sus directivos. Pero el coto que pone a este tipo de situaciones el *compliance* por medio de adecuados programas de cumplimiento normativo que sirvan de cortafuegos para evitar este tipo de situaciones se tornan cada vez más necesarios para evitar que estas prácticas repetitivas en algunos casos concretos en el seno de la empresa puedan detectarse cuanto antes, y que en este supuesto tuvo lugar por medio de la denuncia que se efectúa en este caso por medio de una especie de *canal de denuncias* creado específicamente por la persona que da cuenta del conocimiento de los hechos que se estaban sucediendo y alerta de las irregularidades para que se pongan coto a las mismas y se corte la irregularidad para evitar la continuidad en el fraude y la prolongación en el perjuicio económico en el seno de la propia empresa.

El motivo se desestima.

**QUINTO.-** 4.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por errónea aplicación del artículo 74.1 del Código Penal.

Señala el recurrente que "yerra la sentencia al aplicar el art. 74.1 CP, puesto que no concurren los presupuestos para que la apreciación del subtipo agravado por el valor de la defraudación sea compatible con la aplicación de la continuidad delictiva, ya que ninguna de las disposiciones que integran esa continuidad, supera los 50.000.- €"



No puede admitirse el motivo.

Como señala el Tribunal "La defraudación por el contrato ficticio de las obras del Parlamento ascendió a 275.251,33 euros, por el contrato ficticio de las obras del hipódromo de Dos Hermanas a 147.138,20 euros. y 31.090,22 euros en la factura relativa al suministro de ARANCE, totalizándose la suma de 453.481,75 euros. Vemos que se rebasa con creces la cifra de seis millones de pesetas en la que se fijaba el límite por la jurisprudencia para considerar que concurría la agravante de especial entidad ( SS TS. de 19 enero 2007, de 30 de noviembre, 14 de junio y 9 de febrero de 2006, de 1 de junio de 2005, de 27 de enero de 2004 y de 12 de febrero 2003) y también la cifra de 50.000 euros que hoy contempla el subtipo agravado del art. 250.1-5º CP según redacción operada por 1/2015, de 30 de marzo."

Y, como señala el Fiscal de Sala, es más -como señala la sentencia recurrida- aunque trocéáramos las defraudaciones y tomásemos en consideración cada factura aisladamente, el resultado sería el mismo, pues hasta cinco facturas superaron, por sí solas, el importe de 50.000 euros. Así: a) la factura 039-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por 63.131,15 euros; b) la factura 03-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por 65.553,86 euros; c) la factura 5/2009 de "Reformas Ortiz, S.L." por 54.362,26 euros; d) la factura 017-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por 67.723,88 euros; e) y la factura 018-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por 54.699,78 euros.

Veamos pues en los hechos probados que consta la referencia siguiente:

*"Hechos relativos a la sede del Parlamento de Andalucía.*

*En desarrollo del plan expuesto, el acusado Eloy decidió simular la necesidad de reparaciones urgentes en la sede del Parlamento. Para ello, en connivencia con el acusado Eutimio, elaboró el día 13 de mayo de 2008 una nota manuscrita dirigida a este último haciendo constar que había recibido una queja de filtraciones en el sótano para que se procediera a su reparación:*

*" Jose María, ponte en contacto con P. Barrera. En el "Parlamento" hay una queja de filtraciones en el sótano (instalaciones). Ya me cuentas cuales son los problemas. (no digas si correspondo o no hacer nada). J. A. Víboras dice que es urgente".*

*Posteriormente, Eutimio remitió a Eloy diversas notas manuscritas, que fueron recibidas por este último con su firma, abundando en la realidad de los desperfectos y en la necesidad de llevar a cabo las reparaciones; notas que incluían croquis y documentos de mediciones, en uno de los cuales el Sr. Eloy firmó y escribió "Reparar".*

*Los desperfectos ficticios que aparentaban estas comunicaciones justificaron que el día 7 de agosto de 2008 se firmara el contrato de obra núm. 625/08 entre "Dragados, S.A.", representada por el acusado Eloy, y "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", representada por el acusado Norberto, referente a obras de reparación en Los Patios, del Hospital de las Cinco Llagas, sede del Parlamento de Andalucía.*

*Posteriormente, con objeto de incluir nuevas unidades de obra, los acusados firmaron tres modificaciones de ese contrato núm. 625/08: modificación de fecha 23 de octubre de 2008, modificación de fecha 8 de enero de 2009 y, finalmente, modificación de fecha 10 de febrero de 2009.*

*Enlazadas con esos contratos, el acusado Norberto emitió facturas que, observando el régimen interno de la empresa, una vez firmadas por los acusados Eutimio y Eloy, fueron pagadas por "Dragados, S.A." bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo.*

Así:

**POR ENCIMA DE 50.000 EUROS:**

*- Factura 039-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 14/10/08, por importe de 63.131,15 euros, pagada por "Dragados, S.A." el 3 de noviembre de 2008.*

*- Factura 042-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 14/11/08, por importe de 21.986,78 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 1 de diciembre de 2008.*

*- Factura 047-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 11/12/08, por importe de 31.949,42 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 16 de enero de 2009.*

**POR ENCIMA DE 50.000 EUROS :**

*- Factura 03-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 06/02/09, por importe de 65.553,86 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 2 de marzo de 2009.*

*- Factura 010-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 13/03/09, por importe de 38.267,86 euros, referente al contrato 625/08, pagada por "Dragados, S.A." el 27 de marzo de 2009.*



De la misma forma, simulando los acusados Eloy y Eutimio la necesidad de hacer nuevas reparaciones en la misma edificación, se firmó el contrato de obra núm. 334/09, de fecha 27 de marzo de 2009, entre "Dragados, S.A." y "Reformas Ortiz, S.L." referente a obras de reparación de alcantarillados en el Hospital de las Cinco Llagas, firmando los acusados Sr. Eloy y el acusado Primitivo en la respectiva representación de ambas mercantiles.

Enlazada con ese contrato, el acusado Primitivo, en nombre de

"Reformas Ortiz, S.L.", emitió la factura 5/2009, de fecha 20 de diciembre de 2009, por importe de 54.362,26 euros, que fue pagada por "Dragados, S.A." el día 10 de junio de 2009 bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo.

Por todos esos trabajos en el Parlamento, en verdad inexistentes, "Dragados, S.A." pagó a "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." la suma total de 220.889,07 euros y a "Reformas Ortiz, S.L." la suma de 54.362,26 euros.

Hechos relativos al hipódromo de la ciudad de Dos Hermanas.

DRAGADOS fue adjudicataria de las obras del "Gran Hipódromo de Andalucía", construido en la ciudad de Dos Hermanas, que concluyeron en mayo de 2004. El día 22 de octubre de 2004 se firmó el acta de recepción definitiva de la obra por "Apuesta Mutua Andaluza, S.A."

Dentro del plan trazado, siguiendo las instrucciones dadas por Eloy, el día 27 de marzo de 2009 Eutimio simuló la existencia de desperfectos en los baños del hipódromo -atascos motivados por la presencia de restos sólidos procedentes de la obra- precisados de reparación urgente para así poder justificar la contratación de obras de reparación que pudieran facturarse a DRAGADOS.

En orden a dar apariencia real a esos desperfectos inexistentes, Eutimio envió a Eloy una nota manuscrita del siguiente tenor literal:

"REFERENCIA: HIPÓDROMO DE DOS HERMANAS

De Fc. Eutimio a Sr. Eloy. Fecha 26.02.2009

Atendiendo a la reclamación que me comentastes referente a la obra arriba indicada, me he personado en dichas instalaciones observando el abombamiento en los paramentos alicatados y en algunos casos la falta de los mismos con el peligro que supone el poder seguirse desprendiendo.

Se observa el daño producido en zonas de premarcos de puertas de los servicios por atascos acaecidos en varias ocasiones se han intentado con varias empresas desatascar y me han comentado que seguramente sean problemas de atascos de materiales sólidos.

Para tal reparación, se tendría que hacer una prueba de red y en último caso, levantar hasta dar con la avería. Para posteriormente reparar aquellos materiales levantados.

A la espera de tus noticias

Recibo en un saludo" (sic).

A esa nota siguieron otras de fechas 2 y 11 de marzo de 2009, figurando en la primera la mención "El coste se realizará de las partidas del anterior contrato" y, en la segunda, una anotación en el ángulo inferior izquierdo realizada por el Sr. Tomás : "déjate de rollos! reparar".

La apariencia así creada justificó la contratación de obras de reparación ficticias con la mercantil "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de manera que con fecha 27 de marzo de 2009 el acusado Norberto, como administrador de esta mercantil, firmó con el Sr. Eloy, que actuaba en representación de DRAGADOS, el contrato con número 282/09.

Posteriormente, los mismos acusados firmaron dos modificaciones de ese contrato núm. 282/09 para incluir nuevas unidades de obra. Así, la modificación de fecha 21 de abril de 2009 y la modificación de fecha 8 de septiembre de 2009.

Enlazadas con esos contratos fueron emitidas facturas que, observando el régimen interno de la empresa, una vez firmadas por los acusados Eutimio y Eloy, fueron pagadas por "Dragados, S.A." bajo la apariencia de legitimidad que proporcionaba toda la documentación artificiosa de respaldo. Así:

POR ENCIMA DE 50.000 EU

- Factura 017-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 15/05/09, por importe de 67.723,88 euros, referente al contrato 282/09, pagada por "Dragados, S.A." el 2 de junio de 2009.

POR ENCIMA DE 50.000 EU



- Factura 018-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 22/05/09, por importe de 54.699,78 euros, referente al contrato 282/09, pagada por "Dragados, S.A." el 10 de junio de 2009.

- Factura 026-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L.", de fecha 02/10/09, por importe de 24.714,54 euros, referente al contrato 282/09, pagada por "Dragados, S.A." el 23 de noviembre de 2009.

Por tanto, "Dragados, S.A." pagó a "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por esos trabajos en el hipódromo, en verdad inexistentes, la suma total de 147.138,2 euros.

Esta situación lleva con acierto al tribunal a fijar que "Resulta evidente que varios de los actos defraudatorios en régimen de continuidad superaron, individualmente considerados, los 50.000 euros. La defraudación por el contrato ficticio de las obras del Parlamento ascendió a 275.251,33 euros, y por el contrato ficticio de las obras del hipódromo de Dos Hermanas a 147.138,20 euros. Es más, aunque trocéáramos las defraudaciones y tomásemos en consideración cada factura aisladamente, el resultado sería el mismo, pues hasta cinco facturas superaron, por sí solas, el importe de 50.000 euros. Así: a) la factura 039-C de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por 63.131,15 euros; b) la factura 03-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por 65.553,86 euros; c) la factura 5/2009 de "Reformas Ortiz, S.L." por 54.362,26 euros; d) la factura 017-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por 67.723,88 euros; e) y la factura 018-D de "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." por 54.699,78 euros.

La pena de prisión por el delito de estafa queda pues en un arco de uno a seis años y multa de seis a doce meses (actual art. 250.1.5º; antiguo apartado 1.6º al tiempo de los hechos, aunque la penalidad no ha variado), que, se impondrá en su mitad superior ( art. 74.1 CP), esto es, prisión de tres años, seis meses y un día a seis años y multa de nueve meses y un día a doce meses (aunque podría llegar la pena a la mitad inferior de la superior en grado, las acusaciones no hicieron uso de esa posibilidad)."

Conforme a la doctrina de la Sala hemos señalado en sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 199/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 10729/2017 que:

*"El Tribunal motiva debidamente la individualización judicial de la pena, ya que señala en su fundamento jurídico cuarto que "En orden a la determinación de las penas hemos de tener en cuenta que se trató de un delito continuado, con lo cual, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 74.1 y 2 del CP, habremos de individualizarlas dentro de la mitad superior de los marcos penales previstos en el artículo 250.1 CP (dado que en varios de los hechos que integran el delito continuado el importe defraudado supera la cifra de 50.000 euros que actualmente se requiere para apreciar el subtipo agravado, ninguna suerte de "bis in idem" concurre por el hecho de que se aplique el subtipo agravado y, además, la regla punitiva prevista en el artículo 74.1 CP para el delito continuado). Nos situamos así ante unas penas tipo de tres años y seis meses a seis años de prisión y de nueve a doce meses de multa. Teniendo en cuenta que el perjuicio total causado cuadruplica la cantidad de 50.000 euros que determina la aplicación de la agravación, valorando asimismo la reiteración de la conducta hasta en cuatro ocasiones -dos bastarían para integrar el delito continuado- y que el perjuicio se proyectó en más de una persona, la Sala considera adecuado imponer las penas de prisión y de multa en la extensión solicitada por el Ministerio Fiscal, ligeramente superiores al mínimo de los marcos penales que se han indicado. Respecto a la cuota diaria de la multa, no habiéndose indagado la situación económica del acusado a día de hoy pero no constando que sea próxima a la indigencia, se considera adecuado el importe de ocho euros solicitado por el Ministerio Fiscal".*

En este caso se ha tenido en cuenta:

1.- Que alguna de las actuaciones de engaño supera la cuantía de 50.000 euros, ya que a efectos punitivos de aplicación conjunta de varias defraudaciones no puede aplicarse la continuidad delictiva si ninguna de las infracciones supera los 50.000 euros, pero sí cuando alguna de ellas lo hace, como es el caso. En sendas oportunidades (66.000 y 82.000 euros) se excede la cuantía de 50.000 euros que integra la agravación y la continuidad delictiva.

2.- Reiteración de la conducta hasta en cuatro ocasiones con las cuatro ocasiones en las que se ha realizado la conducta sin devolución de importe alguna, y, obviamente, sin reintegro de beneficios.

3.- Proyección del perjuicio en más de una persona.

Así, se impone una pena ligeramente superior al mínimo legal imponible. En concreto, la pena imponible era de tres años y seis meses a seis años de prisión y de nueve a doce meses multa, y la pena impuesta ha sido la de cuatro años de prisión y diez meses multa.

Debe recordarse que (entre otras Sentencia del Tribunal Supremo 611/2011 de 9 Jun. 2011, Rec. 2561/2010 en los casos de aplicación del subtipo agravado por la cuantía de lo defraudado existe compatibilidad con delito continuado ( art. 74.1 CP ) que no vulnera el ne bis in idem , según doctrina del Pleno no jurisdiccional de 30 Oct. 2007, cuando partiendo de la continuidad delictiva, alguna de las defraudaciones aisladamente consideradas





excede 50.000 euros. Y como se cita en esta sentencia operará el apartado 1 del art. 74 junto con el art. 250.1.6º cuando uno o más de los actos defraudatorios rebasen la cifra de los 36.000 euros ( SSTS 919/2007, de 20-11 ; 8/2008, de 24-1 ; 199/2008, de 25-4 ; 563/2008 , de 24- 9; 662/2008, de 14-10; y 973/2009, de 6-10 ). (50.000 euros después de la reforma por LO 5/2010).

De igual modo hemos recordado en sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo nº 656/2013 de 22 Jul. 2013, Rec. 2149/2012 , y también en la más reciente de esta Sala nº 162/2018, de 5 de Abril, que "Debe evitarse, conforme a nuestra doctrina jurisprudencial ( Sentencia 76/2013, de 31 de Enero o 173/2013, de 28 de febrero ), que la apreciación de la continuidad delictiva, en supuestos de acumulación de las cantidades que han sido objeto del delito continuado, como sucede en el caso actual, sea tenida en cuenta para la aplicación de un doble efecto agravatorio si es dicha acumulación la que determina la aplicación del tipo agravado por el valor de la defraudación y se aplica, además, la agravación punitiva del párrafo primero del art 74 por la continuidad.

Es decir, en estos casos la continuidad produciría un doble efecto: en primer lugar, la traslación del delito sancionado del tipo básico al agravado, por efecto de la acumulación prevista en el párrafo segundo del art 74. Y, en segundo lugar, la aplicación sobre este marco punitivo, ya agravado, de la norma que impone la pena en la mitad superior (art 74, párrafo primero).

En el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 30 de octubre de 2007 esta Sala proclamó lo siguiente: "El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera, artículo 74.1, sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración".

Con este acuerdo, que recoge la doctrina jurisprudencial ya consolidada, se ha pretendido un doble objetivo, como se señala en las STS 997/2007, de 21 de noviembre , 564/2007, de 25 de junio y 173/2013, de 28 de febrero. En primer lugar resolver las dudas referidas a la aplicación de la regla primera del art. 74 del CP a los delitos continuados de naturaleza patrimonial. El hecho es que en esta categoría de delitos se aplica además una regla especial establecida en el art. 74.2º del CP que en algunas resoluciones ha llevado a sostener la exclusión de la aplicación de la regla genérica contenida en el art. 74.1º del mismo texto legal .

No existe razón alguna de política criminal que justifique la sustracción del delito continuado de naturaleza patrimonial respecto de la regla agravatoria prevista en el art. 74.1º del CP . De ahí la importancia del acuerdo adoptado en el mencionado Pleno, con arreglo al cual, el delito continuado de naturaleza patrimonial también habrá de ser sancionado mediante la imposición de la pena, determinada con arreglo al perjuicio total causado, en su mitad superior. Ello no es sino consecuencia de aplicar al delito patrimonial las razones de política criminal que justifican la norma del art. 74.1º del CP ( STS 284/2008, 26 de junio , 199/2008, de 25 de abril y 997/2007, de 21 de noviembre ).

En segundo lugar, el acuerdo referido obliga a la exclusión del efecto agravatorio del art 74 1º en determinados supuestos, para impedir que su aplicación conduzca a la doble incriminación de un mismo hecho.

En las ocasiones en que la suma del perjuicio total ocasionado se tome en consideración para aplicar el subtipo agravado de especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación, resulta redundante aplicar además el efecto agravatorio de la regla primera del art. 74 del CP . Se trata de evitar la aplicación de la regla general agravatoria, prevista en el art. 74.1º del CP , a aquellos delitos en los que el importe total del perjuicio ha determinado ya un cambio de calificación jurídica y la correlativa agravación, es decir a delitos de estafa o apropiación indebida que, por razón de su importe total, se desplazan del tipo básico al subtipo agravado (o de la falta al delito).

En estos supuestos, mantener la aplicación incondicional del art. 74.1º del CP , determinaría la vulneración de la prohibición constitucional del "bis in idem".

Pero... (y este es el presente caso) esta exclusión no es aplicable cuando alguna de las acciones que integran el delito continuado alcanza una cuantía superior a 50.000 euros, que por sí sola ya determina la aplicación del subtipo agravado por aplicación del número quinto del art 250 1. En consecuencia, no se produce infracción legal alguna por aplicar al delito patrimonial ya agravado por una sola de las acciones enjuiciadas, la mayor penalidad prevista por la regla primera del art 74 para los delitos continuados, pues de otro modo quedarían sin sanción las conductas defraudatorias añadidas ( STS 997/2007, de 21 de noviembre y 173/2013, de 28 de febrero , entre otras)."

No tiene sentido la queja del recurrente, habida cuenta que el tribunal ha aplicado correctamente el juego penológico del delito continuado con la agravación del actual art. 250.1.5º (antiguo 6º) CP, por el matiz de que algunas de las facturas ya superaban los 50.000 euros en base a las facturas falsarias como medio



instrumental de la estafa. Resulta evidente que varios de los actos defraudatorios en régimen de continuidad superaron, individualmente considerados, los 50.000 euros.

El motivo se desestima.

**SEXTO.-** 5.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por errónea aplicación del artículo 115 del Código Penal.

El recurrente expresa su queja por el hecho de que la Audiencia ha calculado la indemnización integrando en dicho concepto la cuota tributaria total del IVA de cada una de las facturas ficticias abonadas por DRAGADOS. Es decir, se suman todas las facturas incluyendo el IVA. Se queja de que de ese modo se engordaría injustamente el patrimonio de DRAGADOS, toda vez que vería como además de deducirse íntegramente en su día la cuota del IVA de las facturas abonadas, circunstancia que no ha sido negado por DRAGADOS SA que así hiciera, ahora ingresaría el importe íntegro de tales cuotas tributarias.

Sin embargo, debe desestimarse el motivo por tratarse de sumas devengadas y percibidas salvo que se acredite que el IVA se ha pagado. Se trata de cantidades incluidas en las cuantías, cómputo y documentos, salvo que se acreditara en ejecución de sentencia que el IVA ha sido abonado, en cuyo caso de lo abonado se suprimiría el IVA.

El motivo se desestima.

**SÉPTIMO.-** 6.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de Ley, por inaplicación de la atenuante recogida en el artículo 21.6 del Código Penal, con el carácter de muy cualificada, o subsidiariamente como simple.

Solicita en casación que se le aplique la atenuante de dilaciones indebidas.

Planteándose por infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM se refleja en los hechos probados a este respecto que:

**NOVENO.-** La causa ha tenido retrasos imputables a la localización del acusado Eloy . Así:

- El día 30 de abril de 2010, Eloy fue citado para que compareciera ante el Juzgado el día 20 de octubre de 2010 a fin declarar como investigado; señalamiento, luego pospuesto para el 21 de enero de 2011, al que no compareció.

- Fue nuevamente citado para el día 10 de abril de 2013. Ante su nueva e injustificada incomparecencia, se acordó su detención por auto de 12 de abril de 2013, la cual se practicó el 29 de abril siguiente.

- En auto de libertad provisional de la misma fecha se impuso a Eloy la obligación de comparecer quincenalmente ante el Juzgado.

- Por providencia de 25 de abril de 2016, ante el ignorado paradero de Eloy y su incumplimiento de la obligación de comparecencia periódica, se acordó la averiguación de su domicilio y paradero mediante requisitoria a nivel nacional.

- Dictado auto de apertura de juicio oral el 20 de enero de 2017, y al resultar infructuosa la citación librada mediante burofax al nuevo domicilio que, en respuesta a la requisitoria, había la Guardia Civil, para que el Sr. Eloy compareciera ante el Juzgado el día 20 de febrero de 2017 a efectos de notificación personal y emplazamiento, se dictó providencia de 2 de marzo de 2017 acordando citar personalmente.

- Al resultar también infructuosa, el Juzgado dictó auto de 6 de abril de 2017 acordando nuevamente la búsqueda y detención del acusado Sr. Eloy , librándose requisitoria judicial.

- Por providencia de 12 de agosto de 2017 el Juzgado acordó elevar la causa a esta Audiencia Provincial, sin perjuicio de conservar el pertinente testimonio en espera de que fructificara la orden de detención del acusado.

- El día 2 de noviembre de 2017 el acusado Eloy fue finalmente detenido. Solo entonces pudieron cumplimentarse los actos de comunicación de ineludible carácter personal."

El Tribunal rechazó esta atenuante para el recurrente en el FD nº 10 señalando que:

"- El día 30 de abril de 2010, Eloy fue citado para que compareciera ante el Juzgado el día 20 de octubre de 2010 para declarar como investigado (folios 321 y 338). Este señalamiento se pospuso para el 21 de enero de 2011 (folios 367 y 368). Dado que no compareció, fue nuevamente citado para el día 10 de abril de 2013 (folios 453, 459 y 460). Ante su nueva e injustificada incomparecencia, se acordó su detención por auto de 12 de abril de 2013 (folio 495), la cual se practicó el 29 de abril siguiente. Una vez decretada la apertura de juicio oral, hubo de acordarse nuevamente su detención por auto de 6 de abril de 2017 (folio 980) a fin de notificarle, emplazarle y requerirle en su persona; detención que se practicó el 2 de noviembre de 2017.



- El auto de procedimiento abreviado fue dictado el día 24 de marzo de 2015. Mientras el Ministerio Fiscal formuló acusación el 18 de junio de 2015, la representación de "Dragados, S.A." solicitó del Juzgado (escrito presentado el 6 de abril de 2015 al folio 699) que se recibiera declaración a Estefanía, esposa del Sr. Eloy, contra la que pretendía ejercitar, como luego hizo, una acción civil. El Juzgado acordó, mediante providencia de 2 de septiembre de 2015 (folio 726), citar a tal fin al representante legal de "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L.". Al no haber tenido éxito la citación por burofax en el domicilio de la CALLE001 núm. NUM017 de la ciudad de Sevilla (folio 731, "no entregado, dejado aviso", 08/09/15), volvió a acordarse la citación en el mismo domicilio, esta vez personal, por providencia de 2 de febrero de 2016 (folio 811), si bien resultó negativa (diligencia de 10 de marzo de 2016 al folio 827).
- El Sr. Eloy, en su declaración ante el Juzgado, había facilitado dicho domicilio, que era el que compartía con su esposa, Sr<sup>a</sup>. Estefanía, como lo demuestra que ella recogiera el día 23 de abril de 2015 un burofax que iba dirigido a su esposo (folio 763).
- Mediante escrito presentado el 22 de octubre de 2015 los profesionales que asumían la postulación en el proceso del Sr. Eloy solicitaron del Juzgado que se les tuviera por renunciados de su representación y defensa ante la ausencia total de comunicación con su cliente (folio 822).
- En respuesta a un escrito de la acusación particular, presentado el 22 de marzo de 2016 (folio 832), que a la vista de la renuncia del Procurador y Abogado del Sr. Eloy, y ante el ignorado paradero de éste y de su esposa, solicitaba que se acordara la detención del Sr. Eloy, el Juzgado dictó providencia de 25 de abril de 2016 (folio 835) acordando la averiguación de domicilio y paradero respecto de ambos, Sr. Eloy y Sr<sup>a</sup>. Estefanía, que hubo de traducirse en una requisitoria a nivel nacional (folio 844 ss).
- La Guardia Civil de La Coruña informó al Juzgado mediante oficio con entrada el 30 de septiembre de 2016 del domicilio de la Sr<sup>a</sup>. Estefanía (folio 915), por lo que el Juzgado dictó providencia de 26 de octubre de 2016 señalando el acto de su declaración el día 9 de noviembre siguiente (folio 930). Sin embargo, y pese a que la citación por burofax resultó positiva (consta al folio 933 que en el nuevo domicilio recogió la citación una tal Noemi, curiosamente la misma persona que había recibido inicialmente la copia de la denuncia remitida por el Juzgado al primer domicilio, en CALLE001, según comprobamos al folio 264 vuelto), la Sr<sup>a</sup>. Estefanía no compareció al llamamiento judicial, acordándose señalar nueva declaración el día 14 de diciembre (providencia de 14 de noviembre al folio 934). Esta citación fue recogida por el Sr. Eloy (folio 937) y, sin embargo, nuevamente hubo de suspenderse la declaración ante la injustificada incomparecencia de la Sr<sup>a</sup>. Estefanía.
- Fue entonces cuando el Juzgado dictó auto de apertura de juicio oral el 20 de enero de 2017 (folio 943). Sin embargo, las nuevas citaciones libradas al nuevo domicilio para que el Sr. Eloy, la Sr<sup>a</sup>. Estefanía y el representante legal de "De las Rivas y Valle Inversiones, S.L." comparecieran ante el Juzgado el día 20 de febrero de 2017 a efectos de notificación personal y emplazamiento resultaron infructuosas (burofaxes no entregados a los folios 951, 953 y 955).
- Por providencia de 2 de marzo de 2017 (folio 976) se acordó una nueva citación, esta vez personal. Sin embargo, por diligencia de 9 de marzo de 2017 se hizo constar: "La extiendo yo, el funcionario de Auxilio Judicial, para hacer constar que personado en la CALLE002 número NUM005, al identificarme como funcionario de Justicia, la señora presente en el mismo me manifestó que no podía recoger nada, negándose a abrir la puerta; procediendo a introducirle por el hueco de la cancela las citaciones, todo lo cual lo pongo en conocimiento de este Juzgado a los efectos oportunos, y firmo de lo que certifico".
- El Juzgado, tras acordar mediante providencia de 6 de abril de 2017 el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio para la Sr<sup>a</sup>. Estefanía, como responsable civil, dictó auto de la misma fecha acordando la búsqueda y detención del acusado Sr. Eloy (folio 980), librándose requisitoria judicial.
- Finalmente, por providencia de 12 de agosto de 2017 el Juzgado acordó elevar la causa a esta Audiencia Provincial (turnado el 1 de septiembre), sin perjuicio de conservar el pertinente testimonio en espera de que fructificara la orden de detención del acusado.
- El día 2 de noviembre de 2017 el acusado Eloy fue finalmente detenido. Solo entonces pudieron cumplimentarse los actos de comunicación de ineludible carácter personal.

Vemos sin mayor esfuerzo que el Sr. Eloy, lejos de mantener una actitud de colaboración con el Juzgado, no dudó en constituirse en ignorado paradero obligando al Juzgado a librar dos órdenes de búsqueda y detención para poder culminar la íntegra tramitación de la causa. Si ya en la fase de instrucción hubo de ser detenido para que pudiera prestar declaración a presencia judicial, durante toda la fase intermedia se constituyó en ignorado paradero, por lo que ni tan siquiera pudo hacérsele saber la renuncia de su Abogado. Su actitud se erigió en obstáculo determinante de una importante dilación procesal que supuso que durante casi dos años no pudiera formalizarse la acusación y no pudiera adentrarse el proceso en su fase intermedia para



la preparación del juicio oral. Desde su primera detención, el hoy acusado había constituido la obligación apud acta de comparecer quincenalmente ante el Juzgado (diligencia de notificación de fecha 29 de abril de 2013 al folio 503) y designado domicilio para recibir notificaciones. Sin embargo, ni cumplió su obligación ni notificó al Juzgado el cambio de domicilio. De haber actuado conforme le era exigible hubiera evitado, además de su propia detención por segunda vez, esa dilación temporal y, además, se habría podido citar al tercero responsable a título lucrativo. Concluimos, de todo lo expuesto, que el acusado no es merecedor de esta atenuante."

En cualquier caso, como apunta el Fiscal de Sala la atenuante de dilaciones apreciada como simple carecería de efecto práctico alguno ya que la pena impuesta se halla en el mínimo legal.

Resulta absolutamente descriptiva la declaración que hace en los hechos probados el tribunal con respecto a la obstaculización que ha puesto el recurrente a lo largo de todo el proceso y la fundamentación jurídica relatando los episodios que se han sucedido en la tramitación procedimental, y que determinan que gran parte del retraso se ha producido por la actuación obstaculizadora del recurrente, lo que no le hace en modo alguno acreedor de la aplicación de la atenuante que postula. El cálculo que lleva a cabo el recurrente no tiene cabida en un contexto de obstaculización reiterada por parte del recurrente a comparecer en el procedimiento judicial, ya que la conducta descrita en los hechos probados conlleva la directa desestimación de la atenuante que postula.

En consecuencia, como apunta el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de febrero de 2006, los factores que han de tenerse en cuenta son los siguientes:

- a) La naturaleza y circunstancias del litigio, singularmente su complejidad, debiendo prestarse exquisito cuidado al análisis de las circunstancias concretas;
- b) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo;
- c) la conducta procesal correcta del demandante, de modo que no se le pueda imputar el retraso;
- d) el interés que en el proceso arriesgue el demandante, y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, y
- e) la actuación del órgano judicial que sustancia el proceso, y consideración de los medios disponibles.

En este caso concreto supone una contradicción pedir esta atenuante con la constancia específica de los hechos probados, por lo que se incumple la letra c) antes citada.

No puede, por ello, concederse atenuante de dilaciones indebidas, ni tan siquiera como simple, cuando el desarrollo de los hechos probados y su prolongación explicativa en la fundamentación jurídica describen una actuación absolutamente contraria del recurrente a lo que debe ser su actuación en el proceso penal, sin obstaculizar la marcha del mismo y prolongando retrasos indebidos, incluidas las detenciones que constan en el relato descrito por el tribunal, lo que, de esta manera, desmerece la reclamación del recurrente por haber causado un perjuicio notable a la tramitación procedimental que choca frontalmente con el crédito que reclama en cuanto a una atenuante en el ámbito penológico que disminuya la pena. Por ello, resulta improcedente además de a la vista del ámbito penológico impuesto por el tribunal.

El motivo se desestima.

**OCTAVO.-** 8.- Al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción del art. 77 del Código Penal en relación al concurso medial de delitos, en redacción dada por la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, en relación con el artículo 66 y 72 CP.

El recurrente postula una rebaja penal, pero incluyendo que se tengan en cuenta aspectos que han sido desestimados.

Como indica el Fiscal de Sala la sentencia aplica la normativa vigente al tiempo de los hechos, que es la anterior a la reforma operada por la LO 5/2010 (tanto la redacción vigente a los hechos cuanto la dada por la LO 5/2010 establecían para el art. 250 igual pena de 1 a 6 años de prisión y multa de 6 a 12 meses, cuando la cuantía defraudada excedía de 50.000 euros).

La LO 1/2015, que invoca el recurrente, no es aplicable retroactivamente dado que de acogerla vendría en aplicación el subtipo agravado de estafa de mas de 250.000 euros del art. 250.2 CP (pena de prisión de 4 a 8 años) que se introdujo por vez primera tras esta reforma. La sentencia ha apreciado el subtipo de estafa del art. 250.1.5 CP en más de 50.000 euros. Lo que no es posible, por cuanto supondría mezclar elementos de ambos Códigos para formar un tercer Código, es aplicar el antiguo art. 250.1.5 (valor de 50.000) en lugar del





250.2 (valor de 250.000) y, de otra parte, aplicar el nuevo art. 77.3 sobre el modo de penar en el concurso ideal medial. Ha de aplicarse el art. 77 anterior a la reforma 1/2015.

La sentencia de la Audiencia Provincial ha impuesto al recurrente 4 años y 9 meses de prisión y multa de 11 meses para ambos delitos en concurso medial de falsedad documental y estafa.

Hay que considerar que el delito más grave de los dos en concurso medial es el de estafa (art. 250.1.5, con pena de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses) y sobre la referida pena juegan dos agravaciones, a saber:

1.- La del continuado del art. 74.1 (y varios actos de disposición independientemente considerados alcanzan los 50.000 euros). Ello nos lleva obligatoriamente a la pena en su mitad superior (3 años 6 meses 1 día a 6 años).

2.- Una segunda agravación la del delito medial del antiguo art. 77 que en caso de pena conjunta para ambos delitos obliga a imponer la del delito más grave en la mitad superior, por tanto de la pena de 3 años 6 meses 1 día a 6 años la mitad superior sería la de 4 años, 9 meses y 1 día a 6 años. Desde ese punto de vista la pena de prisión impuesta, 4 años y 9 meses, lo es en un día menos de la mínima imponible como apunta también el Fiscal de Sala.

Se fija el "juego penológico" por la vía del delito de estafa agravada y la del concurso medial para irnos ahí a la mitad superior.

El motivo se desestima.

RECURSO DE Eutimio

**NOVENO.-** 1.- Al amparo del art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Postula el recurrente que se ha vulnerado la presunción de inocencia.

Ha sido condenado como cooperador necesario de un delito continuado de falsedad en concurso medial con un delito continuado de estafa agravada por la cuantía de la defraudación concurriendo la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la circunstancia atenuante analógica de confesión, a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y MULTA DE TRES MESES con cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria, para caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias que no fueren satisfechas.

Recordemos que el tribunal de instancia, tras describir la conducta defraudatoria desplegada señala con relación al recurrente que:

"Para superar los filtros de ese sistema, el Sr. Eloy hubo de recabar la imprescindible colaboración de dos subordinados de la Delegación Territorial, Jefes de Obra de DRAGADOS adscritos a la Sección de Edificación: el acusado Eutimio, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, y el también acusado Mateo, de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, que a la sazón era Coordinador de Obras."

Se describe en el hecho probado nº 2 la intervención del recurrente en cuanto a los hechos relativos a la sede del Parlamento de Andalucía firmando las facturas que se expedían. Lo mismo se relata en el hecho probado nº 3 en cuanto a los hechos relativos al hipódromo de la ciudad de Dos Hermanas también respecto a contratos simulados y facturas falsas de soporte. Y, por último, se reseña en el octavo que: "Los acusados Eutimio, Mateo, Norberto y Primitivo, desde las primeras investigaciones que llevó a cabo "Dragados, S.A." a través de una auditoría interna en la Delegación territorial, colaboraron para esclarecer los hechos que finalmente denunció la empresa ante el Juzgado, manteniendo esa postura durante todo el proceso al haber admitido la realidad de los hechos y sus concretas conductas desde sus primeras declaraciones ante el Juzgado de Instrucción y posteriormente ante este Tribunal en el acto de juicio oral."

Recoge el tribunal en el FD nº 3 la prueba concurrente en el recurrente determinante de la condena.

Señala, así, que:

"El acusado Eutimio, Jefe de Obra de Dragados, reconoció los hechos desde el primer momento. Ya antes del inicio de este proceso, durante el trabajo de auditoría interna encargado por DRAGADOS, había admitido su participación y así lo ratificó a presencia judicial, primero ante el Juzgado de Instrucción (declaración al folio 473 ss) y posteriormente en el plenario, cuando, a presencia de este Tribunal, mantuvo todos los extremos de su amplia declaración ante la Instructora. Por tanto, el Sr. Eutimio ratificó todos los documentos manuscritos referentes a la ficción de las obras del Parlamento y del hipódromo, como también los que están incorporados



a la pieza separada de documentos núm. 1 que recogían el incremento del 62% del importe que debiera cobrar el subcontratista para que éste lo retornara en metálico a la sede de DRAGADOS.

Como ya hemos desarrollado con amplitud, independientemente de que el acusado afirmara que el Sr. Eloy fue quien ideó el plan de actuación y le dio instrucciones concretas para crear obra ficticia con objeto de generar certificaciones de obra simuladas, la relevante aportación a los hechos del Sr. Eutimio parece incuestionable. Su condición de Jefe de Obra "terminada" le proporcionaba la posición adecuada para gestionar el desarrollo de los hechos, pues: (i) precisamente la necesidad de hacer reparaciones en obras finalizadas en periodo de garantía era el señuelo pergeñado por el Sr. Eloy para justificar la necesidad del gasto; (ii) también le brindaba una importante ascendencia a la hora de buscar subcontratistas que trabajaran habitualmente para DRAGADOS a los que poder implicar en el desarrollo del plan, que pasaba por hacerles ver (era la táctica empleada, como dijeron con solidez los dos subcontratistas) que esa era la única forma de que pudieran cobrar determinados trabajos y de que siguieran trabajando para DRAGADOS, pues con ello se favorecían nuevas contrataciones que redundaban en beneficio de la empresa; (iii) finalmente, esa condición de Jefe de Obra hacía esencial su participación ya que su firma en las facturas era imprescindible para que pudieran ser pagadas.

Fuera de toda duda la realidad de su conducta antijurídica, también consideramos acreditada la existencia de dolo, pues fue perfectamente consciente de la relevancia de su aportación y de la significación, propósito y resultado de la misma. Por ello, descartamos la existencia de error invencible sobre los hechos constitutivos del tipo penal que, al amparo del art. 14.1 CP, postula su defensa. Su propia declaración invita a descartar ese error puesto que el Sr. Eutimio tenía en su mano toda la información del hecho, desde su gestación hasta su resultado, cuando DRAGADOS, presa del engaño, pagaba por facturas ficticias. Sin perjuicio de que quedara retribuido el trabajo que verdaderamente hubieran realizado los subcontratistas, era plenamente consciente de que su conducta servía para que una parte del dinero, sin causa alguna que lo justificara, retornara a manos particulares fuera de todo control.

En definitiva, consideramos que la conducta del Sr. Eutimio es plenamente culpable y merecedora del reproche penal que hacen las acusaciones."

Todo lo expuesto se contradice con el alegato del recurrente de que no existe prueba de cargo cuando el propio tribunal ha fijado que se han reconocido los hechos de forma expresa, no pudiendo sostenerse ahora que desconocía lo que se estaba haciendo, o que se limitó a obedecer a su superior. Que el delito hubiera podido cometerse sin su participación puede ser posible, pero que se llevó a cabo con la suya es una realidad, y, además, reconocida.

Conste que a la hora de fijar la pena el Tribunal éste ha considerado aplicable la atenuante de confesión de los hechos del recurrente que ahora niega, o entiende que no hay prueba bastante, señalando que: "Al entrar en juego la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la atenuante analógica de confesión, puede aplicarse la pena inferior en uno o dos grados al amparo del art. 66.1.2ª CP. Si ya solo con la primera circunstancia era posible bajar la pena hasta en dos grados, al sumar la atenuante analógica de confesión está plenamente justificado descender en esa doble escala, quedando la pena, rebajada en dos grados, en prisión de diez meses y dieciséis días a un año y nueve meses, y multa de dos meses y ocho días a cuatro meses y quince días.

Considerando el protagonismo en los hechos del Sr. Eutimio, eslabón imprescindible para el éxito de la trama orquestada por su superior, y, a la vez, la ascendencia que tenía sobre las subcontratas para manejar los hechos, entendemos moderada, equitativa y justa una pena de prisión de un año y multa de tres meses, con cuota diaria de seis euros."

Y en el FD nº 12 de la sentencia se admite la atenuante de confesión apuntando que: "El Ministerio Fiscal, con la adhesión de la acusación particular, solicitó que se reconociera a Eutimio, Mateo, Norberto y Primitivo la atenuante analógica de confesión del art. 21.4ª y 7ª CP.

Ningún obstáculo existe para apreciar dicha atenuante pues la ratio essendi de la atenuante de confesión responde, desde la óptica de la política criminal, a una facilitación de la acción de la Justicia en la determinación de quienes han sido los autores del hecho"

Por todo ello, la prueba es bastante y de cargo ante el reconocimiento del ilícito proceder y su necesaria colaboración, aunque otros pudieran haberlo hecho también.

El motivo se desestima.

**DÉCIMO.-** 2.- Al amparo del art. 849.1 LECrim, por indebida aplicación del artículo 392 en relación con los arts. 390.1, 2º y 74, así como de los artículos 248.1 y 250.6 del Código Penal, así como la no apreciación de las circunstancias eximentes en sentencia conforme a los artículos 14.1, 20.5, 20.6 del Código Penal.



Al plantearse por la vía de la infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM deben respetarse los hechos probados y en estos se describe el incorrecto proceder del recurrente que colabora de forma necesaria con el primer recurrente en la defraudatoria conducta que, además, ha sido reconocida por el mismo para la articulación de los contratos y facturas para causar el perjuicio en este caso a la empresa y el correspondiente beneficio que se ha fijado. Se trata de una conducta en colaboración del recurrente que ha sido, además, reconocida por el mismo. Nada puede objetarse de una redacción de hechos probados que determina la correcta subsunción de los mismos en el tipo penal por el que ha sido objeto de condena.

Se ha reconocido de forma expresa, y de ahí ha venido la atenuante de confesión que le disminuye notablemente la pena, la creación de obras ficticias, que luego se plasmaban en contratos de obras falsas que terminaban mediante la emisión por parte de los proveedores de facturas contra Dragados que el recurrente respaldaba con su firma para que fueran abonadas por Dragados. Se trató de una colaboración necesaria en la estructura diseñada por el primer recurrente. Su colaboración era necesaria para el ideario delictivo desde el primer momento hasta el final.

Con respecto a las alegaciones con relación a que no existe un delito de falsedad del art. 390.1.2ª en este caso, como hemos reseñado, del art. 395 CP nos remitimos a lo ya expuesto anteriormente en torno a la correcta subsunción de los hechos probados en el tipo penal y en el que ha colaborado el recurrente con su conducta en el desarrollo de los hechos, y como él mismo ha reconocido y de lo que se le ha derivado una rebaja sustancial de la pena, ya que en su condición de cooperador necesario la pena impuesta hubiera sido superior. No puede, por ello, sostenerse el reconocimiento de los hechos probados y sustentar ahora motivos centrados tanto en ausencia de prueba de cargo, como antes se ha expuesto, o que los hechos no se subsumen en los tipos penales objeto de condena.

Ya hemos expuesto anteriormente que las conductas descritas, y en este caso expresamente reconocidas integran la falsedad del art. 390.1.2º CP en cuanto a la simulación documental girada sobre la inautenticidad documental. Se ha desarrollado de forma detallada la tesis de la Sala al respecto de este tipo de prácticas falsarias.

No se trata de falsedad ideológica impune. Se trata de una simulación documental a la que ya nos hemos referido anteriormente en jurisprudencia de la Sala aplicable a hechos similares incardinables en el art. 390.1.2º CP, que opera en concurso medial con la estafa agravada.

Se trata de una estructura falsaria documental con documentos inauténticos para defraudar a Dragados y con el diseño ideado por el primer recurrente para "hurtar" el control de los cortafuegos de protocolización exigente para que Dragados tuviera que pagar por facturas. Pero en este caso eran falsas y no se correspondían con una realidad subyacente.

Señalan los hechos probados que el primer recurrente: "puso en marcha un plan orientado a provocar DRAGADOS realizara importantes desembolsos de dinero por obras que, en verdad, no se realizaban o que, realizándose, eran ajenas al objeto social o interés de la empresa y redundaban en provecho particular del acusado, con el consiguiente incremento de su patrimonio.

Una de las dinámicas comisivas utilizada fue simular la realización de ampliaciones de obra sobre adjudicaciones previas de DRAGADOS con terceras entidades, de manera que, estando ya finalizada e íntegramente ejecutada una concreta obra y, por tanto, en periodo de garantía, se ponía en marcha una contratación adicional ficticia sobre cualquier base que pudiera justificarla, como podía ser la existencia de deficiencias necesitadas de urgente reparación. En otras ocasiones, se compraban a nombre y por cuenta de DRAGADOS suministros que se aparentaban como destinados a una obra de la empresa y, sin embargo, eran desviados hacia una obra particular o a usos distintos de los originales." En todo este diseño se ha reconocido por el recurrente que colaboró decididamente y la incorporación a los hechos probados de su participación lo es porque colaboró en la investigación asumiendo su papel en la estructura delictiva con un papel de necesidad. La aminoración de la pena al recurrente ha sido relevante y lo es por su asunción de los hechos que pasan a formar parte de los hechos probados.

No puede ahora, pues, cuestionar que esos mismos hechos probados no se subsumen en el tipo penal de condena.

Respecto a la estafa ya se ha expresado ante el motivo alegado por el primer recurrente que concurren los elementos de la estafa según se ha reseñado, y el ánimo de lucro puede ser propio o para beneficiar a tercero.

Los hechos probados describen una estructura en la que el recurrente tenía su participación necesaria. Al primer recurrente le hacía falta su colaboración y lo fue voluntaria. Como se ha probado y él mismo lo ha reconocido. No puede sostenerse ahora, tras haber reconocido los hechos que no hay prueba de cargo, y que los hechos probados no se subsumen en los tipos penales por los que se le ha condenado a una pena menor,

precisamente por su colaboración en la investigación y averiguación de los hechos. No cabe ahora un "salto atrás" cuando se ha reconocido la participación criminal y existe beneficio penológico por ello.

Según el tribunal de instancia en el FD nº 15.2 se recoge que:

"La pena básica, igual que en el caso anterior, sería prisión de tres años, seis meses y un día a seis años y multa de nueve meses y un día a doce meses.

Al entrar en juego la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la atenuante analógica de confesión, puede aplicarse la pena inferior en uno o dos grados al amparo del art. 66.1.2ª CP. Si ya solo con la primera circunstancia era posible bajar la pena hasta en dos grados, al sumar la atenuante analógica de confesión está plenamente justificado descender en esa doble escala, quedando la pena, rebajada en dos grados, en prisión de diez meses y dieciséis días a un año y nueve meses, y multa de dos meses y ocho días a cuatro meses y quince días.

Considerando el protagonismo en los hechos del Sr. Tinoco, eslabón imprescindible para el éxito de la trama orquestada por su superior, y, a la vez, la ascendencia que tenía sobre las subcontratas para manejar los hechos, entendemos moderada, equitativa y justa una pena de prisión de un año y multa de tres meses, con cuota diaria de seis euros."

Tampoco cabe admitir la existencia de las eximentes propuestas.

Se planteó las de los nº 5 y 6 del art. 20 CP:

No cabe el estado de necesidad.

No cabe ampararse el recurrente señalando que el primer recurrente era su jefe laboral. No existe una "obediencia debida" para cometer un delito de falsedad continuada como medio para cometer una estafa agravada. No caben las excusas de una "necesidad de delinquir" para conservar su trabajo. La "necesidad" es de denunciar las ilicitudes por medio de "canales de denuncias", no de "delinquir bajo el paraguas de la necesidad".

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 153/2019 de 7 de febrero de 2019, Rec. 1648/2018 que:

*«La STS 1221/2011, de 15 de noviembre, indica que esta Sala en innumerables sentencias (entre las que pueden citarse como muestra las de 924/2003, de 23 de junio, 359/2008 de 19 de junio, 468/2009 de 30 de abril, 1216/2009, de 3 de diciembre; 13/2010 de 21 de enero; 853/2010, de 15 de octubre), que han estudiado el estado de necesidad como eximente, semieximente o incluso como atenuante analógica, señala que se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido.*

*De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, y de otro, para evitar, expansivamente impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito. Se viene señalando que cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente:*

*a) Pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo.*

*b) Necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro.*

*c) Que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que «a posteriori» corresponderá formular a los Tribunales de Justicia.*

*d) Que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación.*

*e) Que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.*

*En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad:*

*1.º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno.*





2.º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa.

3.º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna.

4.º En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente. Realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela, pero la estimación del estado de necesidad debe suponer siempre la consideración de una última «ratio» como forma de solucionar o paliar, al menos, un acuciante y grave problema que por sus caracteres e inminencia, no permite dilaciones o aplazamientos».

No cabe el miedo insuperable.

Señala el Tribunal para desestimarlos que:

"La prueba practicada no permite identificar hechos susceptibles de provocar una exención o una atenuación de responsabilidad por esta circunstancia, pues en ninguno de los casos las defensas logran identificar actos concretos que pudieran generar un estado emocional de tal envergadura que hubiera excluido o disminuido la capacidad de elección de los acusados.

Si a lo que se refiere la defensa del Sr. Eutimio es al miedo a perder su trabajo, tuvo el mismo alternativas a su alcance que hubieran evitado los delitos; y en cuanto a los delitos de falsedad cometidos por los subcontratistas, no pueden éstos alegar que para poder cobrar sus empresas trabajos pendientes de pago, esto es, para hacer cumplir a DRAGADOS una obligación derivada de previos vínculos contractuales, aún de carácter verbal, se hubieran visto obligados a delinquir; como tampoco pueden instrumentalizar la acción delictiva en la hipótesis de seguir teniendo trabajos con DRAGADOS en el futuro. En ninguna de esas situaciones el temor sería el verdadero móvil de la acción."

Los hechos probados no habilitan en modo alguno la aplicación de esta eximente. Pero lejos de su aplicación, el contexto en que se reclama daría lugar a una especie de "cheque en blanco" o "puerta abierta" para que cooperadores necesarios ante cualquier delito propuesto por tercero quisieran ampararse en esta eximente cuando se derive cualquier tipo de relación contractual con el ideólogo del delito. Lo que debió haber hecho el recurrente es denunciar los hechos cuando se le planteó llevar a cabo las irregularidades, pero lejos de ello colaboró de forma decisiva.

Sobre esta eximente señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Auto 692/2017 de 20 de abril de 2017, Rec. 37/2017 que:

"La doctrina más solvente y mayoritaria sitúa el miedo insuperable, salvo casos extremos de paralización que excluye la existencia misma de una acción o, por su entidad, dan lugar a un estado patológico que limita la imputabilidad, entre las causas de exculpación, por no exigibilidad al autor de una conducta diversa lo que hace que la observada no merezca reprochársele. El reproche se excluiría por el intenso temor o situación de angustia en que se sitúa al autor.

Incluso advierte la doctrina que lo que caracteriza el miedo es más la pérdida de la capacidad de decisión que la minoración de las facultades intelectivas. O, por supuesto, la pérdida de memoria en momentos posteriores de lo hecho bajo sus efectos. Lo que da lugar a la exención es que el sujeto no puede optar libremente por una u otra conducta por pérdida de su capacidad de determinarse o motivarse en función de la norma.

Así pues, la estimación de esta eximente depende de la concurrencia de presupuestos fácticos y valorativos.

En cuanto a los fácticos es un lugar común en nuestra Jurisprudencia señalar:

- a) La presencia de un mal que coloque al sujeto en una situación de temor invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto;
- b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado; incluso inminente;
- c) Que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que no sea controlable o dominable por el común de las personas con pautas generales de los hombres, huyendo de las situaciones extremas relativas a los casos de sujetos valerosos o temerarios y de personas miedosas o pusilánimes;
- d) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción ( SSTS 86/2015 de 25 de febrero ; 35/2015 de 29 de enero ; 1046/2011 de 6 de octubre ; 240/2016, de 29 de marzo )".

Señala, también, el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 645/2014 de 6 de octubre de 2014, Rec. 278/2014 que:



*"Es cierto que la explicación dogmática del miedo insuperable no siempre se ha situado en la inexigibilidad de una conducta distinta».*

*Así lo razonaba esta Sala en la STS 907/2008, 18 de diciembre, en la que con cita de la STS 722/2003, 12 de mayo, decíamos que la exigencia de miedo insuperable ha sido encuadrada por la doctrina entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo.*

*Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado, subjetivo, de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiosa sino un temor a que ocurra algo no deseado.*

*El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y que su valoración ha de realizarse desde la perspectiva del hombre medio, el común de los hombres, que se utiliza de baremo para comprobar la superabilidad del miedo.*

*El art. 20.6 del nuevo Código Penal introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10º del Código Penal derogado.*

*La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la exigencia, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima.*

*Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado.*

*Para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio. La aplicación de la exigencia incompleta exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo.*

*Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la exigencia, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la exigencia incompleta ( STS 1095/2001, 16 de julio ).*

*La doctrina jurisprudencial ( STS 19 de octubre de 1999, Rec. 2034/1998 ), exige para la aplicación de la exigencia incompleta de miedo insuperable, la concurrencia de los requisitos de existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad electiva ( STS 29 junio 1990 ). Pueden faltar los requisitos de insuperabilidad del miedo, carácter inminente de la amenaza ( STS 22 de febrero de 1981 ) o que el mal temido fuese igual o mayor, requisito que hoy ya no se exige en el Código Penal de 1995."*

*Al recurrente sí que se le exigía otra conducta distinta, cual es la de no cometer el delito y no colaborar con el primer recurrente, incluso denunciarlo. Pero no colaborar con él como lo hizo participando en la estructura delictiva. No puede querer ampararse el recurrente en "miedos" personales cuando lo que hacía era colaborar en causar un perjuicio a la empresa y un beneficio al primer recurrente, es decir, propio o en favor de tercero. La conservación de un trabajo no puede operar como circunstancia habilitadora de poder cometer un delito.*

*Tampoco cabe admitir la tesis del error. No se sostiene en modo alguno bajo la relación de los hechos probados. Además, el recurrente lo reconoció todo y recibe por ello una circunstancia modificativa de responsabilidad penal por la confesión. No cabe apelar ahora a la sede del "error".*

*El motivo se desestima.*

**DÉCIMO PRIMERO.-** 3.- Al amparo del art. 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos.

*Señala el recurrente que "En la sentencia dictada se condena a mi representado, imponiéndole indemnizar a "DRAGADOS, S.A." en la suma de 422.389,53 euros de forma solidaria con Eloy ."*

*Lo que interesa el recurrente es que se fije la responsabilidad por cuotas.*

*En este sentido hay que darle la razón al recurrente. No puede fijarse una responsabilidad solidaria entre los partícipes cuando ha quedado probada la mayor y superior responsabilidad del primer recurrente.*



Señala a tal respecto el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 239/2021 de 17 Mar. 2021, Rec. 2293/2019 que:

*"Son dos los aspectos a destacar en este punto, a saber:*

- 1.- La determinación de la responsabilidad civil por cuotas entre los declarados responsables penalmente, y*
- 2.- La admisibilidad de la fijación por el Tribunal penal de la responsabilidad civil en el delito de alzamiento de bienes, ligado al "quantum" del daño y perjuicio.*

*En este sentido:*

*1.- La determinación de la imposición de la responsabilidad civil en cuotas que responde a la "justicia material" de la imposición del "quantum" de esta responsabilidad civil distribuido en atención a la propia culpa penal que se "traduce" en un "quantum" de responsabilidad civil en base al ajuste de responsabilidad que, en el reproche penal, el Tribunal ha fijado en la sentencia y que "traslada" a la cuantificación económica de la que debe responder cada responsable penal.*

*Así las cosas, recordemos que el art. 116 CP señala 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.*

*La redistribución de la responsabilidad civil entre los declarados responsables es un elemento de "justicia distributiva" entre los distintos condenados por sus grados de participación delictiva, lo que supone una plasmación de una más justa "redistribución equitativa" del reproche civilístico relacionado con el reproche penal de cada partícipe en el delito, al punto de que cuando se pueda proceder a esa fijación el juez o Tribunal debe llevar a cabo un esfuerzo en la determinación de la cuota correspondiente a cada partícipe, así como a la explicación, como motivación, de cada graduación en su ajuste individual, porque pueden existir casos, y de suyo existen como en el presente, en los que la responsabilidad de los partícipes puede ser distinta en sus diferentes modalidades. Y ello requiere un esfuerzo de fijación y motivación a la hora de ajustar las cuotas de la responsabilidad civil en lugar de fijar una "solidaridad genérica" entre todos que no responde al tanto de culpa real que debe adjudicarse a cada uno de los declarados responsables penales.*

*Así, la fijación de la responsabilidad civil por cuotas en el proceso penal puede ser, incluso, un mecanismo subsidiario de la defensa en algunos casos en los que de forma alternativa a la petición de absolución pueda reclamarse una menor fijación del "quantum", cuando la responsabilidad penal del partícipe, -como aquí ocurre- sea menor en algunos acusados en el proceso penal, a fin de huir de la declaración sistemática de la solidaridad en la responsabilidad civil."*

Esta responsabilidad civil por cuotas se establece, precisamente, cuando existe una perfecta definición de la culpa existente y la responsabilidad en el ilícito penal, y cuando ello es así la solidaridad directa con todos los responsables penales del delito resulta injusta, habida cuenta que cuando se puede parcelar el grado de la responsabilidad penal es posible parcelar el grado de la responsabilidad civil, y ello lo permite el artículo 116 a la hora de fijar la responsabilidad por cuotas.

Ha quedado demostrado que, a raíz de la defraudación, "Dragados, S.A." sufrió un perjuicio económico de 453.481,75 euros, con el siguiente desglose:

En materia de responsabilidad civil la sentencia fija en el FD nº 16 que:

"Conforme a lo dispuesto en el artículo 116 del Código Penal, toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, por lo que los acusados deberán indemnizar los daños y perjuicios derivados de su ilícita conducta.

a).- Por las facturas falsas relativas a las obras del Parlamento pagó a "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." la suma de 220.889,07 euros, y a "Reformas Ortiz, S.L." la suma de 54.362,26 euros. De estas sumas deberán responder solidariamente Eloy y Eutimio .

b).- Por las facturas falsas relativas a las obras del hipódromo de Dos Hermanas pagó a "Construcciones y Revestimientos Franca, S.L." la suma de 147.138,20 euros. De esta suma deberán responder solidariamente Eloy y Eutimio .

c).- Por la factura falsa de "Arance Cádiz, S.A." pagó a esta mercantil 31.092,22 euros. De esta suma responderán solidariamente Eloy y Mateo ."

Y en el fallo:

"CONDENAMOS:



- A).- A Eloy a indemnizar a "Dragados, S.A." en la suma de 453.481,75 euros; responsabilidad que será solidaria con los restantes condenados en el tramo de responsabilidad que a cada uno se les impone en esta sentencia.
- B).- A Eutimio a indemnizar a "Dragados, S.A." en la suma de 422.389,53 euros de forma solidaria con Eloy .
- C).- A Mateo a indemnizar a "Dragados, S.A." en la suma de 31.092,22 euros de forma solidaria con Tomás ."

Ya expusimos en la sentencia del Tribunal Supremo 129/2018 de 20 Mar. 2018, Rec. 1307/2017 que:

*"Por regla general en el caso de ser varios los responsables de un delito, no obstante el carácter solidario de su responsabilidad, las Audiencias precisamente por las repercusiones que el pago de cada partícipe puede producir en las obligaciones de los demás ante la posibilidad del ejercicio de las acciones de repetición, deben fijar la cuota de la que deba responder cada partícipe, pero cuando se trata de un único delito y la participación de los acusados es de idéntico grado, el señalar una cantidad única no tiene más trascendencia que la de entender la responsabilidad civil por partes iguales ( STS 416/2007 de 23 mayo ).*

*El sistema de cuotas incide en cada uno de los obligados respecto de los demás, también obligados, pero no respecto a los perjudicados, quienes pueden exigir la totalidad de lo debido a cualquiera de ellos, dado el carácter solidario de la responsabilidad frente a los perjudicados, sin perjuicio de que una vez satisfecha la deuda por el reclamado, éste se convierta en acreedor de los demás en la cuota-parte que a cada uno de hubiera sido asignada- ( STS 50/2009 de 26 de enero ).*

*En este sentido la STC. 119/2003 de 16 de junio , recordó que el carácter solidario de las obligaciones de los responsables civiles frente a los acreedores y el que éstos puedan dirigirse contra cualquier de los deudores, no empece en modo alguno a la obligación del órgano judicial de indicar las cuotas de las que ha de responder cada uno de los responsables civiles en atención a la incidencia de la responsabilidad de cada uno de ellos en los hechos.*

*Por ello en caso de pluralidad de responsables civiles, cuando esta responsabilidad admite una división en cuotas en las indemnizaciones, el tribunal habrá de determinar la que tenga que abonar cada uno de los diversos responsables penales por el mismo hecho, y ello de modo forzoso por mandato del artículo 116.1 CP . No hacerlo así puede corregirse en casación. El Código Penal no nos dice criterios han de seguirse para esa determinación de cuotas. Parece lógico entender que esa cuantía venga determinada, al menos como criterio principal, por la incidencia de cada uno de los responsables penales en la producción del daño a indemnizar."*

También la sentencia del Tribunal Supremo 280/2020 de 4 Jun. 2020, Rec. 3789/2018 añade que:

*"Así pues, cuando son varios los partícipes en un delito, todos ellos han de soportar las consecuencias civiles, que podrán comprender la restitución, la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios materiales y morales, lo que se traducirá, en la mayor parte de las ocasiones en el pago de una indemnización. Al pago de la misma vendrán obligados todos los partícipes del delito. La insolvencia de alguno o algunos, obliga al resto a pagar el total.*

*El Código Penal no nos dice qué criterios han de seguirse para la determinación de cuotas. Parece lógico entender que esa cuantía venga determinada, al menos como criterio principal, por la incidencia de la conducta de cada uno de los responsables penales en la producción del daño a reparar o a indemnizar ( STS 7 de marzo de 2003 )."*

Recordemos que el "ideólogo" de la trama delictiva fue el primer recurrente, y los hechos probados señalan ese carácter del Sr. Eloy en primer lugar al señalar que:

*"Aprovechando las importantes facultades de decisión y gestión que le otorgaba tan alto rango, y guiado por el propósito de enriquecerse, Eloy ideó y puso en marcha un plan orientado a provocar que DRAGADOS realizara importantes desembolsos de dinero por obras que, en verdad, no se realizaban o que, realizándose, eran ajenas al objeto social o interés de la empresa y redundaban en provecho particular del acusado, con el consiguiente incremento de su patrimonio."*

El diseño fue del primer recurrente y el que requirió la presencia y colaboración de otros condenados que se convirtieron en piezas importantes, pero en la estructura diseñada por el primero.

Y la actividad colaborativa por la que es condenado el recurrente refiere en los hechos probados que:

*"Para superar los filtros de ese sistema, el Sr. Eloy hubo de recabar la imprescindible colaboración de dos subordinados de la Delegación Territorial, Jefes de Obra de DRAGADOS adscritos a la Sección de Edificación: el acusado Eutimio , de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, y el también acusado Mateo , de las descritas circunstancias personales y sin antecedentes penales, que a la sazón era Coordinador de Obras."*





Resulta evidente, por ello, que debe ser atendible la fijación de la responsabilidad civil por cuotas, de tal manera que la condena debe serlo de la siguiente manera, con aplicación del "efecto expansivo" al otro condenado no recurrente, a saber:

En la responsabilidad civil objeto de condena a Eutimio estará obligado a indemnizar a "Dragados, S.A." en la suma de la cuota del 10% de la suma de 422.389,53 euros que debe abonar con Eloy que asume el resto, aunque aplicando la regla de la subsidiariedad.

Existen razones de justicia material que determinan la necesidad de fijar la responsabilidad civil por cuotas del art. 116 CP en este caso en base al grado de la gravedad de las actuaciones llevadas a cabo, por cuanto la redacción del art. 116.1 CP está, precisamente, configurada para supuestos como el presente en donde la diferente forma de participación en los hechos determina una diferente atribución de cuotas en materia de responsabilidad civil. Y ello, porque la gravedad del injusto debe tener una repercusión en la corolaria afectación de la responsabilidad civil derivada del primero, para hacer eficaz y aplicable la máxima de la responsabilidad civil *ex delicto*, precisamente, ante esta aplicación de la responsabilidad civil por cuotas que supone una correcta y adecuada aplicación de la distribución de la justicia material en materia del quantum indemnizatorio de que deba responder cada responsable penal.

De esta manera, cuando coexisten grados diversos de intervención y culpa es proporcional ajustar la fijación de las cuotas de la responsabilidad civil como en este caso debe llevarse a cabo. Si la responsabilidad civil es dimanante del delito debe serlo la fijación de cuotas cuando la penal es graduable en un acto comparativo entre los partícipes.

No puede, sin embargo, estimarse la modificación que se postula de la cuota diaria de la multa por este motivo amparado en el art. 849.2 LECRIM basado en documentos, ya que la cuota fijada es la correcta fijada para este tipo de casos cuando por regla general no existe una determinación de ingresos.

Hay que tener en cuenta que el arco de la cuota se fija en el art. 50.4. CP señalando que: *La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros*. Con ello, la fijación de la cuota en seis euros/día no exige un cálculo mayor en razón a circunstancias personales, sino que en un arco entre 2 y 400 euros fijarla en seis euros es adecuada y ponderada en atención a las circunstancias personales del recurrente que desempeñaba una actividad laboral. Debe entenderse que en el caso de superar esta cantidad deberían ponderarse y motivarse en la sentencia la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo, para fijar la misma por encima de un patrón tenido por referente en la de 6 euros/día, salvo que pueda acreditarse dificultad económica en cuyo caso podría fijarse por menos.

Como señala la STS 175/2001, de 12 de febrero " *La prevención contenida en el art. 50.5 del CP* ), no quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

*La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto [...] Ha de tenerse en cuenta que, como señala el Ministerio Fiscal, el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal, debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de 1.000 ptas. (seis euros)». En aplicación y desarrollo de esta doctrina, a mi juicio errónea, pueden citarse las SSTs 847/2007, de 18 de octubre ; 624/2008, de 21 de octubre ; y 192/2008, de 29 de abril , entre muchas otras.*

Es por ello, por lo que se estima en sus márgenes la imposición de la cuota diaria de la multa en la fijada de seis euros y la recogida de tres meses de multa como proporcional a los hechos cometidos.

El motivo se estima parcialmente.

**DÉCIMO SEGUNDO.**- Estimándose parcialmente el recurso de Eutimio las costas se imponen de oficio y con costas a Eloy .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido **DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación del acusado Eloy y **HABER LUGAR** con estimación parcial del motivo tercero y desestimación del resto del interpuesto



por la representación del acusado **Eutimio** ; y, en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, de fecha 8 de mayo de 2020 tan solo en el extremo que se cita. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en el recurso de Eutimio y con imposición de las causadas por el de Eloy . Comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 4127/2020 Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

### TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Penal

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra. D. Andrés Martínez Arrieta D. Antonio del Moral García D. Vicente Magro Servet D.ª Susana Polo García D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 14 de octubre de 2022. Esta sala ha visto el Procedimiento Abreviado nº 25/15 dimanante del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, seguido por delitos de falsedad en concurso medial con un delito de estafa, y seguida ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Tercera, contra los acusados Eloy , DNI NUM006 , mayor de edad por cuanto nacido el NUM007 /61, y sin antecedentes penales, en libertad por esta causa; Eutimio , DNI NUM008 , mayor de edad por cuanto nacido el NUM009 /54, y sin antecedentes penales, en libertad por esta causa; Mateo , DNI NUM010 , mayor de edad por cuanto nacido el NUM011 /49, y sin antecedentes penales, en libertad por esta causa; Norberto , DNI NUM012 , mayor de edad por cuanto nacido el NUM013 /62, y sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, y contra Primitivo , DNI NUM014 , mayor de edad por cuanto nacido el NUM015 /75, y sin antecedentes penales, en libertad por esta causa; y en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 8 de mayo de 2020, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, haciendo constar lo siguiente: Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se dan por reproducidos los hechos probados de la sentencia de instancia.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** De conformidad con nuestra Sentencia Casacional y manteniendo la condena de la sentencia dictada a ambos recurrentes en sus términos debemos fijar solo que en la responsabilidad civil objeto de condena a Eutimio estará obligado a indemnizar a "Dragados, S.A." en la suma de la cuota del 10% de la suma de 422.389,53 euros que debe abonar con Eloy que asume el resto, pero aplicando la regla de la subsidiariedad en todo caso en el pago.

Todo ello sin imposición de costas a Eutimio y con costas a Eloy .

#### FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Que manteniendo la condena de la sentencia dictada a ambos recurrentes en sus términos expuestos debemos fijar, tan solo que en la responsabilidad civil objeto de condena a Eutimio estará obligado a indemnizar a "Dragados, S.A." en la suma de la cuota del 10% de la cantidad de 422.389,53 euros que debe abonar con Eloy que asume el resto, aplicando la regla de la subsidiariedad. Todo ello sin imposición de costas a Eutimio y con costas a Eloy .

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.



Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ