



Roj: **SAN 5004/2023 - ECLI:ES:AN:2023:5004**

Id Cendoj: **28079220642023100018**

Órgano: **Sala de Apelación de la Audiencia Nacional**

Sede: **Madrid**

Sección: **64**

Fecha: **16/10/2023**

Nº de Recurso: **11/2023**

Nº de Resolución: **18/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio penal**

Ponente: **ENRIQUE LOPEZ LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUD.NACIONAL SALA DE APELACIÓN**

### **MADRID**

**Tfno:** 917096590

**Fax:** 917096333

**N.I.G.:** 28079 27 2 2015 003129

### **ROLLO SALA: APELACION CONTRA SENTENCIA RAR 11/2023**

O. Judicial Origen: AUD.NACIONAL SALA PENAL SECCION 3 de MADRID

Procedimiento: ROLLO SALA PA: 4/2022 (DIMANANTE PROCEDIMIENTO ABREVIADO- DILIGENCIAS PREVIAS 122/2015 DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚM. 5)

**SENTENCIA: 00018/2023**

**EXCMO SR. PRESIDENTE**

**D. JOSÉ RAMÓN NAVARRO MIRANDA**

**ILMOS SR MAGISTRADOS:**

**D<sup>a</sup>. MANUELA FERNÁNDEZ PRADO**

**D. ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ (Ponente)**

En Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil veintitrés.

**VISTO** por este Tribunal, constituido por los Ilmos. Sres. Magistrados señalados arriba, en grado de APELACIÓN la presente causa penal, (Rollo RAR nº. 11/2023 de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional), seguida antes como DPA 122/2015, del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de esta Audiencia Nacional, resuelta en sentencia nº 4/2023, de 24 de febrero en Rollo 4/2022 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y seguida de oficio por supuestos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, de malversación de caudales públicos, de blanqueo de capitales y de falsedad documental, contra los acusados *entre otros* Fermín , con D.N.I. NUM000 , mayor de edad, cuyas demás circunstancias personales constan en autos, sin antecedentes penales, y en situación de libertad por esta causa, representado por la Procuradora D<sup>a</sup>. María del Carmen Hijosa Martínez y defendido el Letrado Pedro José Mejías Villatoro; Gerardo , con D.N.I. NUM001 , mayor de edad, cuyas demás circunstancias personales constan en autos, sin antecedentes penales, y en situación de libertad por esta causa representado por el Procurador D. Luis Pidal Allende Salazar y defendido por el Letrado Don Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria; LA MERCANTIL ARESA MARINE S.L., con C.I.F. B65005191 y representada por el Procurador D. Luis Pidal Allende Salazar y defendida por el Letrado Don Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria; DEFEX, S.A. S.M.E. EN LIQUIDACIÓN, con C.I.F. A28293033, *también como acusación particular*, representada por el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González y defendida por el Letrado D<sup>a</sup> María Masso Moreu, en causa en la que son partes como



apelantes los ya referidos y el Ministerio Fiscal, representado por el Ilmo. Sr. Don Conrado Alberto Saiz Nicolás. Es ponente el Ilmo. Sr. D. Enrique López y López.

## I.- ANTECEDENTES

**PRIMERO** . - La Sección 3ª de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó, en el Rollo de Sala nº 4/2022, en fecha de 24 de febrero, SENTENCIA siendo declarados los siguientes hechos probados:

*Se declara probado que:*

*La mercantil Defex, S.A., con CIF A28293033, actualmente en liquidación, es una sociedad mercantil estatal que fue constituida como instrumento de política industrial para fomentar la exportación del sector de defensa nacional español.*

*Defex fue constituida en el año 1972 y, hasta el 10 de octubre de 2017, fecha en que la Junta de la mercantil acordó su disolución y el cese efectivo y definitivo de sus operaciones, tenía como objeto social la promoción y exportación de bienes y servicios de empresas españolas.*

*Defex, S.A., está mayormente participada por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), la cual ostenta el 51 % de sus acciones. En su Consejo de Administración están representados el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través de SEPI; el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación; el Ministerio de Economía y Competitividad; el Ministerio de Defensa, y diversos accionistas privados.*

*El 49 % restante de las acciones sociales de Defex lo ostentan varias compañías privadas del sector de la defensa.*

*De acuerdo con la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), la mercantil Defex, S.A., se centraba en detectar oportunidades comerciales dentro del catálogo de productos de las empresas españolas, seleccionaba a los proveedores nacionales idóneos, analizaba las modalidades de financiación más adecuadas a los proyectos (como créditos compradores, créditos Supercari, cobertura CESCE, entre otros), negociaba los avales bancarios necesarios y solicitaba, en su caso, autorización a la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso, para la exportación de equipos que así lo requieran.*

*En el año 2005, Fermín , mayor de edad y sin antecedentes penales, era el Director Comercial de Defex, S.A., y ostentó ese cargo hasta febrero de 2013, cuando fue nombrado Director de Operaciones, hasta el mes de septiembre de 2014, en que fue sustituido por Maximino .*

*Pedro era el Presidente de la mercantil pública, y ostentó el cargo hasta el año 2013; Roberto era el Director de Operaciones, hasta el mes de febrero de 2013; Romulo era el Director Financiero y Consejero de la mercantil hasta su disolución; y Pura era la Jefa de Logística y Jefa de Coordinación y Ejecución de Defex hasta su disolución.*

*El 17 de septiembre del año 2022, el Consejo de Ministros acordó la liquidación de Defex, S.A.*

*Durante los años 1999 a 2013, la empresa pública Defex, S.A., realizó operaciones comerciales con el Gobierno de la República del Camerún para el suministro de bienes destinados a la defensa y seguridad de aquel país.*

*La actividad comercial de Defex, S.A., en la República de Camerún comenzó en el año 1999, en que esta mercantil suscribió un contrato con el Ministerio de Defensa de Camerún para el suministro de buques y camiones, por un importe total CIF de 13.720.330 euros.*

*En este primer contrato participaron como agentes de Defex las mercantiles controladas por Teodosio , KB Consultants Ltd. (5 %) e Interconsultants & Associates (5 %).*

*En el año 2000, Defex, S.A., firmó otro contrato con la Dirección General de la Seguridad Nacional de Camerún, que tenía por objeto el suministro de 25 vehículos Nissan y 50 motos Yamaha, por un importe total de 1.085.437 euros.*

*En esta operación también actuaron como agentes de Defex KB Consultants Ltd. (5 %) e Interconsultants & Associates (8'5 %).*

*En el año 2003, Defex firmó un nuevo contrato con la Dirección General de la Seguridad Nacional de Camerún, que tenía por objeto el suministro de diverso material, por importe de 10.698.954 euros.*

*Los agentes que participaron en este contrato fueron KB Consultants Ltd. (5 %) e Interconsultants & Associates (7 %).*

*En el año 2004, Defex suscribió otro contrato con la Dirección General de la Seguridad Nacional, que tenía por objeto el suministro de 25 vehículos Suzuki, por importe total de 470.032 euros.*



En esta operación intervinieron como agentes las mercantiles KB Consultants Ltd. (5 %) e Interconsultants & Associates (8 %).

Durante los años 2006 a 2009 se suscribieron cinco contratos menores entre Defex y el Gobierno de Camerún, para el suministro por aquélla de vehículos y embarcaciones.

En estos contratos (todos ellos de importes inferiores a 40.000 euros) intervinieron como agentes de Defex dos mercantiles del Sr. Teodosio, KB Consultants (con una comisión del 3'92 % y tres comisiones del 5 %), y Ferwell Engineering Ltd. (con una comisión del 3'92 %, tres del 5 % y otra del 12 %).

Así:

**AÑO VALOR CONTRATO PROVEEDORES AGENTES MARGEN DEFEX**

2006 34.792,67 € Urovesa, Rodman KB Consultants (3,92 %)

Ferwell (3,92 %) 17,12%

2007 35.000,00 € Santana, Otto Diesel, Gevisa, Mosa, Quiles KB Consultants (5 %)

Ferwell (5 %) 15,30%

2007 14.991,18 € Santana, Otto Urovesa KB Consultants (5 %)

Ferwell (5 %) 8,34%

2008 37.500,00 € Otto Urovesa Ferwell (12%) 17,97%

2009 10.601,41 € Gevisa KB Consultants (5 %)

Ferwell (5 %) 25,96%

Además, durante los años 2006 a 2013, se formalizaron los siguientes:

**CONTRATO TOTAL CONTRATO A TRAVÉS DE COMISIONISTA RECIBE**

13.000,00 € Defex KB 93.710,90 €

**PRE97** Ferwell 65.191,62 €

Ferwell 564.401,92 €

KB 300.606,39 €

**PRE126** 120.000,00 € Defex Sr. Teodosio 83.554,74 €

Tramo A 36.359.079,00 € Deimos Bosa 1.299.930,00 €

Rybosa 3.202.864,00 €

KB 4.496.197,64 €

Defex ESS Group 23.515,58 €

Tramo B 32.699.745,00 € Aresa ESS Group 585.391,74 €

**PRE174** Tramo C 30.296.043,00 € Eads ESS Group 308.432,54€

**PRE174/PRE177** Defex Ferwell 110.000,00 €

**PRE177** 228.772,00 € Defex Ferwell 27.440,00 €

**PRE204** 3.352.264,00 € Defex KB 301.703,00 €

**TOTAL** 103.056.903,00 € 11.462.940,47€

En concreto, el 18 de noviembre de 2010, Defex, S.A., suscribió con el Ministerio de Defensa de la República de Camerún un Contrato Marco para la implantación de un Sistema Integrado de Vigilancia Costera en dicho país, el **PRE174** - Camerún Sistemas Vigilancia Costera.

Fermín seguía teniendo para esta operación, como agente o contacto local en Camerún de Defex, a Teodosio .

Este contrato fue firmado por el al tiempo Director Comercial de Defex, Fermín , y el Ministro Delegado de la Presidencia, encargado de la Defensa, del Gobierno de Camerún, Pedro Enrique .

Las estipulaciones recogidas en ese Acuerdo Marco fueron negociadas entre Fermín y Agapito , Contralmirante camerunés y Director del Proyecto.



El 10 de abril de 2011, dicho Contralmirante remitió por correo electrónico a Fermín la versión definitiva del contrato, antes de ser firmado por el Ministro de Defensa de Camerún. Este correo electrónico fue enviado por el Contralmirante Agapito, desde la cuenta de su esposa, Estela, DIRECCION000, a la cuenta de correo de Teodosio, DIRECCION001, para Fermín, DIRECCION002, meses antes de la fecha que figura en el Acuerdo Marco.

Este Contrato Marco comprendía tres sectores o vectores diferenciados:

- 1) El sector/vector de detección radar y Control de las Comunicaciones Navales (Tramo A), para el aprovisionamiento de equipamiento y servicios del sistema de vigilancia marítima y de control de comunicaciones navales,
- 2) Sector/vector naval (Tramo B), para el suministro de embarcaciones para la vigilancia marítima de las costas de la República de Camerún: entrega de una serie de repuestos y accesorios para la reparación de embarcaciones y un curso de formación tanto en España como en Camerún;
- 3) Sector/vector aéreo (Tramo C), para el suministro de un avión CN 235-300 versión transporte militar, formación y asistencia técnica.

Tras la firma de ese primer Contrato Marco entre Defex y el Ministerio de Defensa de la República de Camerún se suscribieron acuerdos específicos para cada uno de los tres sectores/vectores.

En concreto:

- Los acuerdos para los sectores/vectores radar y aéreo, correspondientes a los tramos A y C del proyecto, se suscribieron entre Fermín, en nombre de Defex, y Pedro Enrique 'o, éste último en nombre del Ministerio Delegado de la Presidencia de Camerún, el 9 de agosto de 2011.

Los importes pactados en estos acuerdos ascendieron a un total de 36.359.059 euros para el sector/vector radar, y 30.296.043 euros para el sector/vector aéreo.

- El acuerdo específico para el sector/vector naval se suscribió entre Fermín, en nombre de Defex, y Pedro Enrique 'o, en nombre del Ministerio Delegado de la Presidencia de Camerún, el 12 de septiembre de 2011, y su importe ascendió a un total de 32.699.745 euros.

Durante los años 2012 y 2013 se formalizaron cuatro adendas a los acuerdos relativos a los sectores/vectores naval y radar, ninguna de las cuales supuso una alteración de los términos económicos reflejados en los acuerdos, ya que introdujeron, exclusivamente, modificaciones técnicas.

Así, el 11 de septiembre de 2012 se firmó una adenda al contrato relativo al Sector Naval, como consecuencia de unas mejoras técnicas propuestas por Aresa, que son aceptadas por el Ministerio de Defensa de Camerún, y que además incluye una grúa pórtico en el objeto del contrato.

El 7 de enero de 2013, se firmó una segunda adenda al contrato relativo al Sector Naval, para recoger un cambio en los motores de las embarcaciones a uno de mayor potencia, siguiendo la recomendación del fabricante, Yamaha, así como el retraso de tres meses en la entrega de los buques como consecuencia de dicho cambio.

El 4 de abril de 2013 se firmó una adenda al contrato relativo al Sector Radar, en el que únicamente se ven afectadas las especificaciones técnicas de los equipos a suministrar.

Y el 10 de octubre de 2013 se firmó una tercera adenda relativa al Sector Naval, debido a un retraso en la entrega de la embarcación PA320.

Para financiar este Proyecto PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera, el ministerio de Defensa de Camerún recibió un crédito denominado 'Supercari', a través de dos Convenios de Financiación suscritos el 15 de diciembre de 2011 entre el Gobierno de la República de Camerún (mediante el Ministerio de Economía y de la Planificación y Ordenación del Territorio de la República de Camerún) y la entidad financiera Deutsche Bank.

Para la concesión de ese crédito Supercari al Ministerio de Defensa de Camerún fue necesaria la intervención de CESCE (Compañía Española de Seguros de Crédito a la Exportación, S.A.), como entidad aseguradora de la devolución de dicho crédito a las entidades financieras intervinientes (póliza nº NUM002); y se nombró a la firma de servicios de auditoría y consultoría Fedata Auditores, S.L.P., entidad supervisora de la operación contractual íntegra.

Los referidos convenios de financiación fueron:

- Convenio Financiero para el Acuerdo Comercial del Proyecto de Defensa, por importe de 99.354.867 euros, que englobaba al Sector Radar (36.359.079 euros), Sector Naval (32.699.745 euros) y Sector Aéreo (30.296.043 euros).



- Convenio Financiero para financiar el 100 % de la prima de CESCE, por importe de 13.057.100 euros, para asegurar a las entidades financieras intervinientes ante un posible riesgo de impago por parte del Gobierno de Camerún.

Para llevar a cabo los Tramos A, B y C en que estaba dividido el proyecto PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera, Defex subcontrató los servicios de:

i i. Tramo A (sector/vector radar): Elecnor Deimos Space, S.L. (en lo sucesivo, Deimos), y Urovesa.

i ii. Tramo B (sector/vector naval): Aresa Marine, S.L.

i iii. Tramo C (sector/vector aéreo): Eads Construcciones Aeronáuticas S.A.U.-Casa.

En los Tramos A y C también intervinieron como proveedores Ulchartering y Willis, para suministrar servicios de transporte y de seguros, respectivamente.

La mercantil Aresa Marine, S.L., estuvo en todo momento representada por Gerardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, Presidente del Grupo Aresa Internacional desde el año 2010, y apoderado de esta mercantil desde el 19 de septiembre de 2011.

Fermín fue quien se encargó de negociar y firmar por Defex, S.A., los contratos suscritos con cada uno de los citados proveedores, y concretamente:

**SECTOR PROVEEDOR FECHA FIRMA DEL CONTRATO FIRMANTES POR LOS PROVEEDORES IMPORTE FECHA ADDENDAS**

SECTOR RADAR Deimos 5-1-2012 Leoncio 24.946.786,00€ 29-4-2013

Urovesa 18-5-2012 Luis 503.571,71€

22-10-2012

SECTOR NAVAL Aresa 17-5-2012 Gerardo 25.424.544,42€ 5-12-2012

SECTOR AÉREO Airbus 10-11-2012 Onesimo

Plácido 25.263.750,00€ 22-5-2012

El pago de las comisiones dimanantes de este Acuerdo Marco se documentó mediante contratos de prestación de servicios y de consultoría suscritos por Defex con las sociedades del Sr. Teodosio, KB Consultants Ltd. y Rybosa S.A.R.L., en virtud de los cuales éstas percibían un porcentaje sobre el importe de las facturas emitidas por Defex a su cliente, el Gobierno camerunés.

Igualmente, las subcontratistas Deimos Space, S.L.U., y Aresa Marine, S.L., suscribieron sendos contratos de prestación de servicios y de consultoría con, respectivamente, las sociedades del Sr. Teodosio, KB Consultants (posteriormente sustituida por Bosa Engineering Consulting Ltd.) y ESS Group Ltd.

Así, tras las negociaciones mantenidas entre el Sr. Fermín y el Sr. Teodosio, el primero suscribió dos contratos con dos empresas controladas por éste:

**a)** KB Consultants. El 20 de junio de 2011, Fermín suscribió en nombre de Defex un contrato con KB Consultants, por medio

del cual se comprometía a pagar a esta sociedad del Sr. Teodosio un 5 % del valor FOB (valor descontando los gastos de fletes y seguros) del importe acordado por Defex con el Ministerio de Defensa de Camerún para la ejecución de los tres sectores/vectores que conformaban el proyecto PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera.

Según lo estipulado en este contrato, KB Consultants se responsabilizaba ante Defex de la promoción de los productos del sector de la seguridad, protección civil y comunicaciones, comercializados por Defex (success fee).

Asimismo, el 23 de diciembre de 2011 se firmó el contrato entre Deimos, S.L.U., y KB Consultants; acordándose el pago por la primera a ésta de unos honorarios de 1.460.000 euros.

El 5 de enero de 2012 se firmó el contrato entre Defex, S.A., y su subcontratista, Deimos, S.L.U.

El 3 de julio de 2012 se firmó un documento que dejaba sin efecto el contrato suscrito entre Deimos y KB Consultants, sustituyéndolo por un contrato suscrito por Deimos con otra sociedad del Sr. Teodosio, Bosa Engineering, siendo firmado este último el siguiente día 4 de julio de 2012.





Para la ejecución de esta subcontrata, Deimos Space S.L.U. abrió una sucursal en Camerún, a través de la sociedad Deimos Space Sucursal Camerún, con C.I.F. local M071300046172-P.

**b)** Rybosa, S.A.R.L. El 25 de abril de 2011, el Sr. Fermín firmó en nombre de Defex un contrato con la sociedad del Sr. Teodosio, Rybosa, S.A.R.L. (en adelante, Rybosa), por el que el primero se comprometía a pagar a esta sociedad un 2 % del valor del importe acordado por Defex con el Ministerio de Defensa de Camerún para la ejecución de los tres sectores/vectores que conformaban el proyecto PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera.

A cambio de esta contraprestación, Rybosa se encargaría, en los tres sectores del expediente PRE174, de prestar los siguientes servicios (management fee):

- Seguimiento de los contratos en lo que respecta a la obtención de los Certificados de último destino, entregados por el cliente, y de cualquier otra documentación contractual necesaria para la entrada en vigor del contrato, así como de los Certificados de recepción provisional a la llegada de las mercancías, vehículos y sistemas objeto del contrato a las instalaciones del cliente.
- Apoyo en el transporte local al personal de Defex y de sus empresas subcontratistas que se haya desplazado.
- Asistencia para el despacho de aduanas de las mercancías objeto de los contratos y apoyo para el transporte interno de las mercancías hasta los destinos finales de instalación.
- Seguimiento de la asistencia técnica de los materiales objeto de los contratos. Selección de las compañías locales adecuadas para la prestación del servicio postventa de los productos vendidos en los diferentes lugares de operación.
- Asistencia técnica y apoyo logístico para la puesta en servicio de los sistemas que precisan de una instalación en el lugar de destino y trabajos locales.
- Cualquier otra gestión necesaria para garantizar la buena ejecución de los contratos.

Este contrato de 25 de abril de 2011 se vio modificado por una adenda firmada el 18 de mayo de 2012 por el Sr. Fermín, por la que éste reconocía a Rybosa una remuneración mayor a la inicialmente pactada por el trabajo adicional que, por la problemática técnica y logística, esta sociedad debía llevar a cabo en los tramos Naval y Radar.

Según esta modificación, "la remuneración complementaria a percibir por parte de Rybosa, que se añadirá a la compensación fija del 2 % ... podría alcanzar", en el Tramo A - Detección radar, el 3 % del valor FOB (free on board) de las facturas presentadas por Defex al cliente; y en el Tramo B - Vectores Navales, el 2 % del valor FOB (free on board) de las facturas presentadas por Defex al cliente.

Estos importes máximos (compensación fija más remuneración complementaria) se abonaron por parte de Defex a Rybosa.

**c)** El 15 de mayo de 2012 se firma por Gerardo, mayor de edad y sin antecedentes penales, en nombre de Aresa Marine, S.L., un contrato con la sociedad del Sr. Teodosio, ESS Group Ltd.; pactándose el pago de 650.000 euros a ésta para que asistiese a Aresa en la ejecución de la subcontrata.

El 17 de mayo de 2012 se firma la subcontratación de Aresa por parte de Defex.

Todas las operaciones comerciales arriba reseñadas se ejecutaron completamente (con la única salvedad de la instalación de la grúa pórtico).

El beneficio generado a la empresa Defex, S.A., como consecuencia de estos contratos ascendió a la cantidad de 21.990.403'90 euros

El beneficio obtenido por la mercantil Aresa, S.L., ascendió a la cantidad de 25.424.544'42 euros.

El beneficio obtenido por la mercantil Deimos Space, S.L.U., ascendió a la cantidad de 24.946.786 euros.

Y, además, el 20 de junio del año 2011 la mercantil Defex suscribió dos contratos con la Dirección General de la Seguridad Nacional de Camerún, el **PRE177** - Camerún Antidisturbios, que tenían como objeto el suministro de material antidisturbios, por un importe total de 228.772 euros.

Ambos contratos fueron firmados, de un lado, por Fermín, en nombre de Defex, y, de otro, por Braulio y Casiano, como Delegado General de la Seguridad de Camerún y Secretario General de la Presidencia de Camerún, respectivamente.

En esta operación intervino como agente la mercantil del Sr. Teodosio, Ferwell, que de Defex el 12 % del total facturado (27.440 euros).



Posteriormente, el 21 de agosto de 2012, Defex y el Ministerio de Defensa de Camerún suscribieron un nuevo acuerdo, **PRE204** - Camerún Armamento Patrulleras, que tenía por objeto el suministro de armamento y munición para las embarcaciones, por importe total de 2.991.808'60 euros.

Dicho importe ascendió posteriormente a 3.352.264 euros como consecuencia de la ampliación del suministro que se hizo constar en la adenda suscrita el 28 de marzo de 2013.

En la firma de este acuerdo participaron, en nombre de Defex, Fermín, y en representación del Ministerio de Defensa de Camerún, el Coronel D. Enrique, Director de Presupuesto y Equipamiento del Ministerio de Defensa; el Contralmirante Agapito, Director Central del Ministerio de Defensa; Pedro Enrique 'o, Ministro Delegado de la Presidencia a cargo de la Defensa de la República de Camerún, y Felix, Ministro Secretario General.

Los proveedores contratados por el Sr. Fermín, en nombre de Defex, para el suministro del armamento y munición fueron SDAL, para el suministro de ametralladoras; NAMMO, para el suministro de la munición, y GDELS, para el suministro de lanzagranadas.

El 20 de noviembre de 2014, Maximino, entonces Director Comercial de Defex, suscribió un acuerdo con Teodosio en relación con este expediente PRE204.

Por medio de ese acuerdo, Defex rebajó la comisión del 12 % pactada verbalmente por el Sr. Fermín con el Sr. Teodosio, y se comprometía a pagar a KB Consultants un 9 % del total del contrato suscrito entre Defex y el Ministerio de Defensa de Camerún, a cambio de servicios de apoyo en la presentación de ofertas técnicas y económicas, coordinación de las reuniones de negociación y firma del contrato, obtención de documentación y gestión administrativa (management fee y success fee).

Esa circunstancia motivó que, previamente a dicha segunda adenda, firmada 2013, el Jefe del Proyecto, el Contralmirante camerunés Agapito, y Fermín, resolviesen la problemática de los motores de las embarcaciones directamente, sin intervención de ninguna de las sociedades de Teodosio.

No ha resultado probado que el dinero abonado por Defex o sus subcontratistas al Sr. Teodosio o a las sociedades controladas por éste lo fuese para el pago por el mismo de dádivas o favores extracontractuales a funcionarios o Autoridades del Gobierno camerunés, y no que simplemente se tratara del pago de los servicios de facilitación y agencia prestados por dicho Sr. Teodosio.

**En el marco del Tramo B (Sector/Vector naval) del Proyecto PRE174**, y puestos de común acuerdo entre sí, Fermín, actuando como representante de Defex, y Gerardo, actuando en nombre y en beneficio de la subcontratista Aresa Marine, S.L., pagaron distintos gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas, para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos por aquéllos referentes a este Tramo B del PRE174.

De ese modo, el Contralmirante Agapito, Jefe de Proyecto de los contratos comprendidos en el expediente PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera, con capacidad para redactar los contratos del Ministerio de Defensa de Camerún, fue beneficiario de dádivas de favor extracontractuales, como regalos, viajes, estancia hoteleras y operaciones de cirugía estética para su esposa Estela, sufragados por la empresa pública Defex como contratista principal.

Así, con cargo a la facturación emitida por Aresa a Defex se incluyeron gastos, evidenciados en un correo de fecha 18-10-2012, enviado por el Contralmirante Agapito a Fermín, en el que establecen la forma de enviar la mercancía destinada para el Contralmirante en los contenedores de Aresa, y no tener problemas en la aduana; y en un correo de fecha 23-10-2012, enviado por Fermín a Gerardo, con el asunto: "Compresor- Agapito".

Correo de fecha 18-10-2012:

Asunto:

De: Estela < DIRECCION000 >

Fecha: 18.10.2012 18:55

Para: Fermín < DIRECCION003 >

CC: Teodosio DIRECCION001,

Teodosio DIRECCION004

Hola Fermín,

Teodosio me ha dicho que ya habría un contenedor listo para enviar a Aresa.



Tenemos que ser muy cautos para evitar cualquier problema con las aduanas. En los conocimientos de embarque de los materiales sólo debe aparecer la siguiente información:

#Dirección de envío: *Ministere de la Defense, BP 1162 Yaoundé, Republique du Cameroun.*

#Persona de contacto: *Contre-amiral Agapito , Direction Centrale du Suivi de la Maintenance des Matériels Majeurs des Forces de Défense, téléphone: (+ NUM003 ; NUM004 ?*

#Agente de tránsito: *Consignatario autorizado del Ministerio de Defensa (si fuese necesario): SCTEM S.A., 32 Avenue Galieni Akwa-Douala, B.P. 2501 Douala*

*Republique du Cameroun, téléphone: (+ NUM005 , NUM006 ; E-mail: DIRECCION005*

#Descripción del contenido de los contenedores: *piezas y herramientas de los barcos de la Marina Nacional de Camerún/Contrato MINDEF nº NUM007 de 12 sep de 2011.*

*Además, la carga de los contenedores se debe colocar de tal forma que los materiales contractuales queden delante a la hora de abrir los contenedores.*

*Cordialmente,*

*Agapito*

*Correo de fecha 23-10-2012:*

*Asunto: Compresor - Agapito*

*De: Fermín < DIRECCION003 >*

*Fecha: 23.10.2012 10:38*

*Para: Paulino - Grup Aresa Internacional < DIRECCION006 >, Gerardo < DIRECCION007 >*

*CC: Mercedes < DIRECCION008 >, Pura < DIRECCION009 >*

*Me pide el Contra-almirante Agapito , incluir si posible en el primer contenedor a enviar un compresor de 20 bar con ruedas (tractable).*

*Por otro lado, como nos indica en un pasado correo, es necesario cargar en el fondo del contenedor el mobiliario y material que sea para el apartamento de vuestro personal (camas, sillas, etc.), de manera que al abrir el contenedor aparezcan a la vista el mobiliario, equipos, herramienta y los materiales propios del contrato.*

*Lo comentamos.*

*Un abrazo,*

*Fermín*

*En un correo electrónico de fecha 6-11-2012 enviado por el Contralmirante Agapito , DIRECCION000 , a Fermín , asunto: "Motores Yamaha lanchas Aresa", aquél le requirió para que confirmase el pedido de los nuevos motores, comprometiéndose personalmente a obtener una carta de confirmación firmada por el Ministro para la firma de la Adenda nº 2 al referido contrato, y dando incluso las instrucciones precisas para la redacción de la adenda, en el sentido de tener que «rehacerla más corta y sencilla para que no dé la impresión de un contrato completamente rehecho», y así permitir la firma directa del Ministro, sin necesidad de que fuese enviado a la Presidencia de la República de Camerún.*

*En ese mismo correo, el Contralmirante Agapito también dio instrucciones sobre la redacción de las facturas y el contrato: "Así, nosotros (Defex, Aresa y yo) estamos al tanto exactamente de lo que se debe hacer y sabremos siempre cómo gestionar las eventuales dificultades que pueda surgir (nunca se está a salvo al 100 %)".*

*Posteriormente, el 14-11-2012 el Contralmirante Agapito envió directamente a Fermín el Proyecto de Adenda nº 2 con la modificación de la motorización.*

*También en este sentido, los correos intercambiados entre Fermín y Gerardo , de fechas 15-1-2013 y 31-1-2013, referentes a gastos de cirugía estética para la esposa del Contralmirante Agapito , y de material para el uso del Contralmirante:*

*Correo de fecha 15-1-2013:*

*Asunto: Visita Estela*

*De: Fermín < DIRECCION003 >*

*Fecha: 15.01.2013 14:04*



Para: Gerardo < DIRECCION007 >, Paulino

Internacional < DIRECCION006 >

Grup Aresa

Buenos días:

Adjunto el plan de vuelo de Estela que como veis tiene intención de llegar a Barcelona el próximo martes 22 de enero. Supongo que ya se habrá puesto en contacto con vosotros, pues su idea es continuar el proceso de "recauchutado" que comenzó el pasado mes de julio.

Por su lado Agapito estará llegando a Barcelona desde Madrid el jueves 24 y se irá con su mujer el domingo 27.

Un abrazo,

Fermín

Correo de fecha 31-1-2013:

Asunto: CAMERÚN -3er Contenedor de repuestos

De: Fermín < DIRECCION003 >

Fecha: 31.01.2013 18:39

Para: Gerardo < DIRECCION007 >1 Luciano - Grup Aresa Internacional

< DIRECCION010 >, Paulino Grup Aresa Internacional < DIRECCION006 >

Buenas tardes Gerardo :

Como acordado en nuestra conversación de esta mañana, con objeto de "dilir" el "mamotreto" que irá en este tercer contenedor, debemos enviar una cantidad importante de los repuestos incluidos en contrato (pueden ser vuestros barcos o los de Rodman). Por ello sería conveniente enviar un contenedor de 40 pies. Por otro lado quedo a espera de que urgentemente me envíes los costos incurridos en las operaciones especiales: "mamotreto y mamotretín" más recauchutado, para ver cómo lo encuadramos.

Un abrazo.

Fermín

Defex abonó a Aresa la factura nº 20, de fecha 12-2-2013, por importe de 52.727'19 euros, por la compra de un generador y un compresor para el Contralmirante Agapito , además de gastos de viaje y de alojamiento; y la factura nº 21, de fecha 12-2-2013, por importe de 7.482'13 euros, por gastos médicos (cirugía estética), ropa y hotel de Estela , esposa del Contralmirante Agapito , del 22 al 27 de enero de 2013.

En un correo electrónico de fecha 21-5-2013, enviado por una empleada de Defex, Pura , a una empleada de Aresa, con copia a Fermín , aquélla daba instrucciones a ésta sobre la forma en que debía facturar Aresa a Defex los gastos médicos del Almirante Carlos y su acompañante, por importe de 2.025'09 euros, y las mercancías, "máquina de ladrillos, cafetera, etc.", destinadas al Contralmirante Agapito , por importe de 16.680 euros más I.V.A., importes que no debían ser desglosados, y que había que denominar "Delegación Marina Camerún a Barcelona para la recepción de las embarcaciones RIB 12", y "Equipamiento de taller solicitado por la Marina Camerunesa".

Asimismo, en el correo enviado por Fermín a una empleada de Aresa, de fecha 14-5-2014, sobre gastos médicos del Almirante Carlos y de Estela que habría repercutido a Defex dicha empleada, el Sr. Fermín indica que: "por supuesto que los gastos médicos del Almirante Carlos y de Estela son aceptados así como otros gastos varios de esta última".

En otro correo, de fecha 18-5-2014, se concretaron esos gastos médicos en la cuantía de 6.782'72 euros. La mercantil Defex también asumió gastos de hotel de funcionarios públicos cameruneses, y de las hijas del Almirante Carlos , sumando un total de 8.677'08 euros.

Además, la mercantil pública Defex realizó un pago directo al Contralmirante Agapito , mediante la entrega de un cheque al portador emitido por Defex con fecha 3-2-2014, por importe de 1.500 euros, el cual fue contabilizado mediante certificado como gasto de estancia en España de la Autoridad militar, y archivado como 'Otras facturas' en la contabilidad del contrato PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera.

En la parte dispositiva se acuerda:



"Que debemos condenar y condenamos a Fermín , como responsable en concepto de autor de un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a las penas de dos años de prisión, suspensión del derecho de sufragio pasivo por tal tiempo, multa de doce meses, con una cuota diaria de veinte euros, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública, por un periodo de siete años; así como al pago de la parte proporcional correspondiente de las costas del presente procedimiento.

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Fermín de los delitos de falsedad documental, malversación de caudales públicos y de blanqueo de capitales de que también venía acusado en esta causa, declarando de oficio la parte proporcional correspondiente de las costas del presente procedimiento.

Que debemos condenar y condenamos a Gerardo , como responsable en concepto de autor de un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal de dilaciones indebidas, a las penas de dos años de prisión, suspensión del derecho de sufragio pasivo por tal tiempo, multa de doce meses, con una cuota diaria de veinte euros, y prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública, por un periodo de siete años; así como al pago de la parte proporcional correspondiente de las costas del presente procedimiento.

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Gerardo de los delitos de falsedad documental, malversación de caudales públicos y de blanqueo de capitales de que también venía acusado en esta causa, declarando de oficio la parte proporcional correspondiente de las costas del presente procedimiento.

*Que debemos condenar y condenamos a la mercantil Aresa Marine, S.L., como responsable criminalmente de un delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales ya definido, a la pena de multa de dos años, con una cuota diaria de 30 euros, así como al pago de la parte proporcional correspondiente de las costas del presente procedimiento.*

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Don Leoncio de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, malversación de caudales públicos, de blanqueo de capitales y de falsedad documental de que venía acusado en esta causa; declarando de oficio la parte proporcional correspondiente de las costas del presente procedimiento.

Que debemos absolver y absolvemos libremente a Don Leoncio de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, malversación de caudales públicos, de blanqueo de capitales y de falsedad documental de que venía acusado en esta causa; declarando de oficio la parte proporcional correspondiente de las costas del presente procedimiento.

*Que debemos absolver y absolvemos libremente a la mercantil Defex S.A., en liquidación, de capitales de que venía acusada en esta causa, declarando de oficio la parte proporcional correspondiente de las costas del presente procedimiento.*

*Y que debemos absolver y absolvemos libremente a la mercantil Deimos Space, S. L. U., de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y de blanqueo de capitales de que venía acusada en esta causa, así como de la acción de responsabilidad civil subsidiaria ejercitada en su contra; declarando de oficio la parte proporcional correspondiente de las costas del presente procedimiento".*

**SEGUNDO .** - Notificada dicha resolución, interpusieron contra la misma Recurso de Apelación:

*El Ministerio Fiscal* interesa que confirmando la sentencia de instancia condenatoria y penas por el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales para Fermín , Gerardo y la mercantil ARESA MARINE SL, y manteniendo los Hechos Probados de la Sentencia de instancia, corrija la valoración jurídica, declarando: A Fermín , autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos, como era acusado; y autor de un delito continuado de falsedad documental como era también acusado; y concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas se le impongan las siguientes penas y responsabilidades civiles:

Por el delito continuado de malversación de caudales públicos, la pena de **seis años de prisión** y la inhabilitación absoluta por quince años.

Por el delito continuado de falsedad documental, la pena de **un año y nueve meses de prisión y multa de nueve meses**, con una cuota día de 20 €, con responsabilidad personal subsidiario en caso de impago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Código Penal; e inhabilitación especial para ejercer el



derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 del Código Penal.

En concepto de responsabilidad civil que se le imponga la obligación de indemnizar a la SOCIEDAD ESTATAL DE PARTICIPACIONES INDUSTRIALES (SEPI) en la cantidad de **8.967.483,19 €**, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La representación de Fermín, interesa revoque la sentencia recurrida y dicte otra en su lugar en los términos solicitados por esta parte en sus conclusiones definitivas, esto es la libre absolución para mi patrocinado, con desestimación de todos los pedimentos deducidos en su contra y con todo lo demás a que hubiere lugar en Derecho.

La representación de Gerardo, interesa dicte segunda Sentencia absolutoria de D. Gerardo como responsable penal, revocando la sentencia de instancia también en lo que se refiere a sus pronunciamientos de aplicación del art. 123 CP, al no caber aplicar estos últimos a los no responsables criminalmente del delito ( STS 298/2003, de 14 de marzo)

LA MERCANTIL ARESA MARINE S.L., interesa excluya la condena y declare su libre absolución como responsable penal en el procedimiento.

**TERCERO** . - Admitidos los recursos, tramitado de acuerdo con lo dispuesto en el vigente artículo 790, al que se remite el art. 846 ter, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se dio traslado a las demás partes, habiéndose presentado alegaciones por:

el *Ministerio Fiscal* respecto de los recursos presentados por las defensas de Fermín, Gerardo y la mercantil Aresa Marine S.L que impugna los recursos e interesa confirme la sentencia de instancia condenatoria y penas por el delito corrupción en las transacciones comerciales internacionales para Fermín, Gerardo y la mercantil ARESA MARINE SL

La representación de Fermín impugna el recurso presentado por el Ministerio Fiscal e interesa desestime íntegramente el mismo y confirme los pronunciamientos absolutorios de la Sentencia dictada en la instancia, con todo lo demás que en Derecho proceda.

La representación de DEFEX S.A. S.M.E. EN LIQUIDACIÓN, se adhiere al recurso presentado por el Ministerio Fiscal e interesa para el caso de que resuelva estimar el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia nº 4/2023, de fecha 24 de febrero, y acuerde la condena de D. Fermín por el delito de malversación de caudales públicos, estime lo solicitado a través del presente escrito y, en consecuencia, disponga que la indemnización de la responsabilidad civil *ex delicto* - *ex* artículo 109 y concordantes del Código Penal- sea concedida a DEFEX en tanto que verdadera perjudicada por los hechos sobre los que el Ministerio Público sustenta su petición indemnizatoria y se elevaron las Actuaciones a esta Sala de Apelación de la Audiencia Nacional.

CUARTO. - Por resolución de fecha 5-09-2023 se señaló fecha para deliberación el día 12-09-2023 y una vez deliberada quedó visto para sentencia.

## II. HECHOS PROBADOS

**ÚNICO** . - Se aceptan los hechos declarados probados en la Sentencia apelada.

## III.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO** .-RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL. MOTIVOS DE RECURSO E IMPUGNACIÓN AL MISMO.

El Ministerio Fiscal ha presentado recurso de apelación, por los siguientes motivos:

1º- Por infracción de Ley de los artículos 432.1 y 2, 435 y 74 del Código Penal, que tipifica el delito continuado de malversación de caudales públicos vigente hasta la reforma por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, más favorable que la regulación actual en los artículos 432.1, 432.2, párrafo 2º, 433 ter y 435 del Código Penal.

2º.- Por infracción de Ley de los artículos 392, en relación con el artículo 390.1. 2º y 74 del Código Penal, que tipifica el delito continuado de falsedad documental.

Como consecuencia de ello pide que manteniendo los hechos probados de la sentencia recurrida se corrija la valoración jurídica de la sentencia de instancia, declarando a Fermín, autor de un delito continuado de malversación de caudales públicos, como era acusado; y autor de un delito continuado de falsedad documental como era también acusado; concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas.

#### **1.1- Motivo número Uno** . -



El recurso del Ministerio Fiscal se refiere en exclusiva al condenado Fermín , y en relación al delito de malversación de caudales públicos, reitera que el mismo encuentra su soporte fáctico en las en relación a las operaciones comerciales de la empresa pública DEFEX SA con el gobierno camerunés entre 2006 a 2013, y que fueron objeto de acusación; en concreto se refiere a los pagos realizados por la empresa pública DEFEX a Teodosio como consecuencia de las cinco operaciones comerciales realizadas por la empresa pública DEFEX con el gobierno camerunés, y que según el Ministerio Fiscal carecen de justificación o fueron realizados mediante contratos simulados.

Los pagos realizados por la empresa pública DEFEX imputables a Fermín como autor del delito continuado de malversación de caudales públicos ascendieron a 8.967.483,19 €, cifrándose en 11.462.940,47 la suma total de pagos realizados por DEFEX SA, DEIMOS SPACE SL, ARESA MARINE SL y EADS CONSTRUCCIONES AERONAUTICAS SA, a Teodosio , directamente, y a través de sus sociedades KB, FERWELL, RYBOSA y ESS GROUP, por las cinco operaciones comerciales identificadas como PRE97, PRE126, PRE174, PRE177 y PRE204 de la empresa pública DEFEX SA con el gobierno camerunés durante los años 2006 a 2013. Nos dice el Ministerio Fiscal que los pagos realizados por la empresa pública DEFEX a Teodosio , « agente o contacto local en Camerún de DEFEX » «en pago de los servicios de facilitación y agencia prestados por dicho Sr. Teodosio » carecen de justificación por inexistencia de contrato o por resultar de contratos simulados, así como por no resultar acreditada la prestación o servicio realizado por las sociedades de Teodosio a las que la empresa pública DEFEX SA pagó las comisiones acreditadas en los Hechos Probados de la sentencia de instancia. El Ministerio Fiscal en su escrito de recurso hace una descripción del elenco de operaciones abonadas por la Empresa FedEx por orden del condenado Fermín y que no encuentran sustento contractual alguno.

En otro orden de ideas, el Ministerio Fiscal destaca que resulta acreditado en los Hechos Probados de la sentencia que la mercantil DEFEX SA en Liquidación por acuerdo del Consejo de Ministros de 17.09.2017 era una empresa pública estatal participada en un 51% de su capital social por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), si bien está de acuerdo con la afirmación de la sentencia cuando se dice que resulta cuestionable (y así lo han resaltado las defensas) que se esté verdaderamente frente a caudales públicos, pues el dinero supuestamente malversado no sería el de la empresa pública DEFEX, sino el de una entidad bancaria de Derecho privado financiadora de los proyectos desarrollados en Camerún , si bien argumenta que los pagos realizados por la empresa pública DEFEX fueron acordados, consentidos, incluso autorizados por Fermín sin que conste contraprestación alguna por parte de las sociedades de Teodosio .

EL Fiscal entiende que la empresa pública DEFEX no pagó a Teodosio por ser un "facilitador" de operaciones comerciales en Camerún, que es lo que ha resultado acreditado como defendía el Ministerio Fiscal, si no por unos servicios incluidos en unos contratos con distintas sociedades con roles diferenciados y aparente personalidad jurídica, en contraprestación de servicios concretos y detallados, y como consecuencia de unas facturas que consideraban justificativas de la prestación de los servicios contratados. En cuanto a que las operaciones comerciales fueron ejecutadas y cobradas resulta ajeno a que los pagos a Teodosio estuviesen justificados, ya que el delito de malversación de caudales públicos no admite compensación, además porque intervinieron las subcontratistas que fueron las que ejecutaron los contratos, las cuales también contrataron el buen fin de las operaciones con sociedades de Teodosio . Resultando de lo más llamativo que en relación por el Tramo B/ Vector Naval, la empresa pública DEFEX contrató y abonó los mismos servicios que contrató y pagó la subcontratista ARESA. En relación con estas operaciones comerciales, el Ministerio Fiscal mantiene que « el beneficio que estos contratos proporcionó a la empresa pública DEFEX ascendió a 21.990.403,90 € », una vez contabilizado los ingresos provenientes del Gobierno camerunés y descontado los gastos justificados, como fueron los pagos a las subcontratistas y proveedores, afirmando, igualmente, que « en ese gasto justificado no se encuentran los pagos a las sociedades de Teodosio , que son considerados indebidos y no justificados », en consonancia con el informe pericial de la Intervención General de la Administración del Estado en funciones de auxilio judicial, el cual fue ratificado en el plenario y donde las peritos manifestaron, expresamente, que los pagos de la empresa pública DEFEX a las sociedades de Teodosio no estaban justificados con la documentación contable, mercantil y financiera obrante en el procedimiento. Por todo ello, considera que se dan todos los elementos típicos del delito de malversación.

Por la representación del condenado se contraargumenta que, desde un punto de vista formal, el Ministerio Fiscal basa su recurso en un supuesto *error iuris* de la Sentencia al aplicar los tipos penales de malversación de caudales públicos y falsedad documental pero, en realidad, tras la lectura del escrito, lo que pretende realmente es hacer valer su propia valoración probatoria a efectos de sostener una hipótesis acusatoria, la cual la considera insostenible. En primer lugar se argumenta que la tesis del Ministerio Fiscal entraña una contradicción puesto que supone por un lado, el reconocimiento de la existencia y validez de los contratos celebrados entre DEFEX y las sociedades KB CONSULTANTS LTD. y RYBOSA SARL, tal y como establece la sentencia en los hechos probados y, por otro lado, la condena con base en que tales contratos son inexistentes





o simulados. En definitiva, se aduce que este cauce impugnatorio no permite la reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos, como pretende el Ministerio Fiscal.

Razón no le falta a esta parte, de tal suerte, que el Ministerio Fiscal en su recurso pide de forma expresa que manteniendo los hechos probados se corrija la valoración jurídica de la sentencia de instancia declarando a Fermín autor de los delitos de malversación. En los hechos probados de la sentencia se dice de una forma tan contundente como asertiva que "No ha resultado probado que el dinero abonado por DEFEX o sus subcontratistas al Sr. Teodosio o a las sociedades controladas por éste lo fuese para el pago por el mismo de dádivas o favores extracontractuales a funcionarios o Autoridades del Gobierno camerunés, y no que simplemente se tratara del pago de los servicios de facilitación y agencia prestados por dicho Sr. Teodosio".

Recordemos que la hipótesis acusatoria del Ministerio Fiscal, consiste en que " *los pagos realizados por la empresa pública DEFEX Teodosio, agente o contacto local en Camerún de DEFEX [...] carecen de justificación por inexistencia de contrato o por resultar de contratos simulados, así como por no resultar acreditada la prestación o servicio realizada por las sociedades de Teodosio a las que la empresa pública DEFEX, S.A. pagó las comisiones acreditadas en los Hechos probados de la Sentencia de Instancia* ".

La sentencia de instancia establece una base fáctica totalmente contraria a la pretensión del Ministerio Fiscal; sobre esta base fáctica, como se ha adelantado, la Sala de Instancia establece que "el dinero abonado por DEFEX o sus subcontratistas al Sr. Teodosio o a las sociedades controladas" no sirvió a otro fin y que simplemente se tratara del pago de los servicios de facilitación y agencia prestados por dicho Sr. Teodosio. Por otro lado la Sala de instancia cuestiona que se esté verdaderamente frente a caudales públicos, pues el dinero supuestamente malversado no sería el de la empresa pública DEFEX, sino el de una entidad bancaria de Derecho privado financiadora de los proyectos desarrollados en Camerún, y en segundo lugar, y lo que es más importante no aprecia el Tribunal cometida la conducta típica constitutiva del delito de malversación de caudales públicos.

En conclusión, no se trata de que el acusado Sr. Fermín, hubiere sustraído con ánimo de lucro los caudales o efectos públicos que tuviera a su cargo para hacerlos propios o entregarlos sin contraprestación alguna a un tercero, sino que en definitiva la acusación por este delito está basada en la discrepancia de las partes acusadoras con la consecución y gestión de estos proyectos desarrollados por DEFEX y sus subcontratistas en Camerún, y con la comisión total o retribución satisfecha al agente que garantizaba el logro y buen desarrollo de lo contratado. Termina diciendo que "Debe destacarse que, según el relato fáctico definitivo del Ministerio Fiscal, "las operaciones comerciales se ejecutaron y cobraron", y "el beneficio que estos contratos proporcionó a la empresa pública DEFEX ascendió a 21.990.403'90 euros", todo ello acreditado fundamentalmente por las periciales practicadas.

De ello colegimos que la consecuencia jurídica que ofrece la Sala, la absolución del delito de malversación es plenamente coherente con el relato fáctico realizado como consecuencia de la valoración de la prueba realizada por la propia Sala, la cual no siendo excesivamente extensa es clara, determinante y resolutive. Para poder acoger la tesis del Ministerio Fiscal sería necesario alterar el relato de hechos probados elaborado por el Tribunal de instancia. Lo que pretende el Fiscal es imposible, puesto que de forma tácita lo que está alegando es un error en la apreciación de la prueba.

Para ello el Ministerio Fiscal articula un recurso donde lo que desarrolla es su propia valoración de la prueba practicada conducente a acreditar los hechos típicos que se subsumen en el injusto del delito de malversación, no la valoración jurídica en sí misma, puesto que de ser correcta la valoración de la prueba que realiza la Sala y que plasma en un hecho probado concluyente es plenamente coherente desde un punto de vista causal y argumentativo. El Fiscal concluye que los contratos de servicios y consultorías tenían por finalidad que le empresa pública DEFEX pagase las comisiones pactadas entre Fermín y Teodosio, y no prestar los servicios o realizar los trabajos de consultoría detallados en los contratos, siendo una mera cobertura de prestación para justificar las comisiones que la empresa pública pago a Teodosio; pero es que el hecho probado antes transcrito dice lo contrario, puesto que asevera que no se ha acreditado tal fin y que por el contrario, se acepta como opción más plausible simplemente el pago de los servicios de facilitación y agencia prestado por el Teodosio.

Al no cuestionar el Ministerio Fiscal la valoración de la prueba de la Sala y solicitar de forma expresa una invariabilidad de los hechos probados, impide tan siquiera articular su pretensión de subsunción en un delito de malversación, y ello exime a la Sala de realizar tal estudio, que recordemos, supondría ejercer un control de racionalidad de la inferencia en sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal de apelación, cuyo juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (entre otras muchas, SSTS 330/2016, de 20 de abril;





328/2016, también, de 20 de abril; 156/2016, de 29 de febrero ; 137/2016, de 24 de febrero o 78/2016, de 10 de febrero).

El Ministerio Fiscal no ha alegado ni expuesto argumentos o análisis que constaten irracionalidad o arbitrariedad en la valoración de la prueba por parte de la Sala de instancia. El recurso de apelación del Fiscal no está destinado a sustituir la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, así como los dictámenes periciales, ni a realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal de instancia por la del recurrente o por la de esta Sala; tenemos que presumir y concluir que el Tribunal de Instancia ha dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la ha valorado razonablemente.

La posibilidad de revisión en apelación de una sentencia absolutoria, como exponen las sentencias del TS de 13 de octubre de 2016 , 24 de julio de 2015 y 28 de mayo de 2015, la doctrina del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando desde la STC 167/2002 , así como la de la Sala Penal TS y siguiendo ambas en este aspecto al TEDH, habiéndose establecido severas restricciones a la posibilidad de rectificar en vía de recurso los aspectos fácticos de sentencias absolutorias para consignar un nuevo relato de hechos probados al que unir un pronunciamiento condenatorio contra quien había resultado absuelto en la instancia. Si necesidad de entrar en un profuso estudio de la esta evolución en la doctrina jurisprudencial, resulta claro que para poder condenar a un absuelto en primera instancia sin ser oído ni haberse practicado pruebas en la segunda instancia es necesario que se trate de una exclusiva cuestión jurídica que respetando escrupulosamente los hechos probados no precise de una revaloración de las pruebas ni de las personales strictu sensu ni de otras en las que la audiencia del concernido aparezca como necesaria; es decir que no sea preciso revalorar los elementos objetivos y subjetivos del delito, porque la cuestión debatida es meramente de subsunción jurídica de unos hechos aceptados. Lo solicitado por el Fiscal no es una mera cuestión de valoración jurídica, ni un ejercicio de mera subsunción, puesto que de tener en cuenta su tesis, supondría una alteración esencial de los hechos declarados probados, los cuales como hemos visto no permiten ser subsumidos en el tipo penal cuya aplicación se puede, sino que al contrario impiden de forma categórica esta labor de subsunción.

Como es imposible proceder a la revocación de la sentencia en este sentido, la única posibilidad que hubiera existido sería la prevista en el art. 790.2 párrafo tercero en relación con el art 792 de la LECrim., y ello solo podría haber ocurrido si se hubiese alegado error en la valoración de la prueba, exigiéndose que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia, o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada; de modo que tan sólo podrá entrar a revisarse la sentencia apelada cuando si cuanto se invoca es una verdadera infracción de precepto legal, lo que exige un escrupuloso respeto por parte del Tribunal de apelación al principio de intangibilidad de los hechos probados, limitando de este modo el examen revisor a cuestiones como la tipicidad. En base a lo expuesto, sólo podrá entrar a revisarse la sentencia dictada en orden a la existencia de la infracción de ley denunciada por el fiscal, al tratarse de una mera cuestión jurídica determinar si los hechos declarados probados, que han de mantenerse incólumes, son incardinarles en un delito de malversación de caudales públicos, y como se ha visto esto no se puede hacer sin alterar los hechos probados.

En definitiva, solo podría prosperar el recurso del Ministerio Fiscal si dados los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal, y ello, conforme a una reiterada jurisprudencia, exige el más absoluto respeto del relato fáctico que se declara probado, y obliga a pretender antes su modificación por la vía del error en la apreciación de la prueba, ya que en este caso no cabe por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, pues no resulta posible pretender un control de la juridicidad de la decisión judicial alterando argumentativamente la realidad fáctica de soporte, con independencia de que se haga modificando el relato fáctico en su integridad mediante una reinterpretación unilateral de las pruebas o eliminando o introduciendo matices que lo que hacen es condicionar o desviar la hermenéutica jurídica aplicada y aplicable.

Ello también exime a la Sala entrar en la valoración de la naturaleza jurídica de los fondos y los recursos empleados para el pago de tales comisiones, esto es si fueran de naturaleza pública o privada, puesto que no ha quedado acreditado la acción nuclear del delito de malversación. Por ello se debe desestimar el recurso de apelación por este motivo.

### **1.2 Motivo número dos. -**

En cuanto al delito de falsedad documental y la petición del Ministerio Fiscal no encontramos en una situación similar, partamos de que como bien expone la representación del condenado en su escrito de impugnación del recurso " *En cuanto a la falsedad documental, el Ministerio Fiscal, en línea con el giro dado a su Recurso adapta*



su discurso. Así, en su escrito de conclusiones definitivas presentado en el Plenario, solicitaba la apreciación de este tipo para todos los contratos celebrados con Camerún, incluidos los de los subcontratistas, y ahora en su recurso nada dice de estos últimos contratos, solicitando que se aprecie el delito de falsedad exclusivamente respecto de los contratos de DEFEX con KB CONSULTANTS LIMITED de 20.06.2011 y con RYBOSA de 25.04.2011 y la adenda de 18.05.2012, al considerar tales contratos como inexistentes o simulados así como por entender (él solo) que no resultar acreditada la prestación o servicios realizados por las sociedades de Teodosio (pág. 5 de su recurso)".

La falsedad la representa el Ministerio Fiscal en el hecho de que se trata de contratos cuya finalidad era cuantificar y pagar comisiones, pero cuya causa era la prestación de unos servicios concretos y determinados y el pago consecuente como contraprestación. Para sustentar la tesis condenatoria el Fiscal alega la literalidad del hecho probado de la sentencia en la que se dice que los pagos a Ribosa era pagos de los servicios de facilitación y agencia prestados por dicho Sr. Teodosio, lo cual según el Fiscal admite la indiferencia de las mercantiles contratantes y la irrelevancia de las prestaciones incluidas en los contratos, la cuales quedaban reducidas a un puro adorno o cláusula de estilo. Ahora bien, por contra la sentencia de instancia nos dice que "Así, el propio Ministerio Fiscal reconoce que la actuación de un agente en Camerún fue esencial para conseguir el encargo de los proyectos (adjudicados sin concurso público a pesar de su importe); que se consiguieron los contratos, que "las operaciones comerciales se ejecutaron y cobraron", y que "el beneficio que estos contratos proporcionó a la empresa pública DEFEX ascendió a 21.990.403'90 euros.

Esto es, que aun admitiendo, a efectos dialécticos, la tesis del Ministerio Fiscal, referente a que los contratos realizados con las sociedades del Sr. Teodosio serían tan sólo el medio o la forma de plasmar (o fraccionar) las comisiones por sus servicios de mediación o contacto con el Gobierno de Camerún en beneficio de DEFEX y las subcontratistas, lo cierto es que esta misma parte acusadora reconoce que tales servicios de mediación se produjeron, respondiendo a ello el pago de comisiones u honorarios del agente mediador que se reflejó documentalmente.

Puede considerarse no deseable o incluso reprochable desde el punto de vista de una buena praxis comercial el que no se haga esa plasmación documental de honorarios de manera unitaria o más clara (esto es, uniendo todos los pagos en última instancia destinados al mediador para mejor conocer de inmediato su cuantía total y el porcentaje del montante del proyecto que en conjunto suponen) y directa (no a través de sociedades interpuestas), pero ello no es constitutivo del delito de falsedad documental que invoca el Ministerio Público.

Y tampoco puede considerarse constitutivo de este delito el que en algunas facturas respecto de algunos conceptos se haya faltado a la verdad en cuanto a la descripción de los mismos, como sostiene la parte que acusa por este delito."

Como bien se alega en la impugnación recurso del Fiscal, no se puede considerar constitutivo del delito de falsedad que en algunas facturas respecto de algunos conceptos se haya faltado a la verdad en cuanto a la descripción de estos. Como también alega el impugnante, los contratos entre DEFEX y las sociedades del Sr. Teodosio KB CONSULTANTS y RYBOSA, son absolutamente verdaderos, por cuanto su contenido concuerda con la realidad que materializa, son genuinos por cuanto proceden íntegramente de las personas que figuran como autores, y son auténticos por cuanto formalizan actos o relaciones jurídicas existentes. En los hechos probados de la Sentencia, se dice que el agente local de DEFEX desde el año 1999 era el Sr. Teodosio, quien facturaba sus servicios (bien sea de agencia comercial o de gestión integral contractual) con diversas compañías, todas ellas de su titularidad o administradas por él.

Esto impide por las mismas razones esgrimidas en el motivo anterior poder estimar el recurso de apelación del Ministerio Fiscal. Tenemos que entender que incluso en la más lesiva interpretación para el apelado, la simulación del clausulado de un contrato otorgado entre particulares, aunque estos puedan ostentar la condición de comerciantes y fijen una regla negocial de naturaleza mercantil, carece de eficacia más allá de la relación negocial entre aquellos y de potencialidad significativa para lesionar la seguridad del tráfico mercantil en un sentido colectivo, lo cual nos sitúa en la atipicidad de la alteración de determinados conceptos en facturas. Por todo ello se debe desestimar el recurso del Ministerio Fiscal.

## **SEGUNDO. -RECURSO DE Fermín . MOTIVOS DE RECURSO E IMPUGNACIÓN AL MISMO.**

Vamos a ocuparnos a continuación del recurso de apelación planteado por el condenado Fermín y así en primer lugar plantea como motivo de recurso la infracción de normas del ordenamiento jurídico la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 ce); en segundo lugar como infracción de normas del ordenamiento jurídico por vulneración del derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE). Y en tercer lugar también por infracción de normas del ordenamiento jurídico por vulneración del principio de legalidad penal ( art. 9.3 ce, art. 25.1 ce y arts. 1 y 2 cp.) y en especial, del principio de tipicidad penal ( art. 25.3 ce, arts. 10 y 12 cp.)



## 2.1 Motivo número uno. -

Con carácter general alega que no existe en la causa ni se ha practicado en el plenario prueba de cargo alguna que de forma directa anude los pagos a los que se refiere la Sentencia con la conducta típica punible del art. 445 CP, ni el Tribunal ha motivado la Sentencia mediante el necesario juicio de inferencia penal con la rectitud y alcance inexorablemente exigidos para soportar un fallo condenatorio y enervar la presunción de inocencia.

Siguiendo el resumen que al motivo de recurso hace el Ministerio Fiscal alega en primer lugar que es arbitrario y contrario a toda lógica que los pagos de cuantía insignificante, que fueron realizados años después (entre febrero de 2013 y mayo de 2014) de la obtención de los contratos (Acuerdo Marco de 18 de noviembre 2010 y Vector Naval Tramo B del PRE174 de 12 de septiembre de 2011), resultasen determinantes para la obtención o conservación de tales contratos. En segundo lugar, que los beneficiarios de los pagos fueron funcionarios cameruneses que no tuvieron capacidad alguna para otorgar en su día el contrato ni tenían en el momento de los pagos capacidad alguna para mantener o no el mismo. En tercer lugar, que la Sentencia no contiene motivación o argumentación que vincule los pagos que relata con actuación irregular alguna de funcionario camerunés tendente a obtener el contrato o conservarlo, máxime cuando se trata de contratos autorizados y firmados años antes por la autoridad competente, el presidente de la República de Camerún, y por su ministro delegado de Defensa. En cuarto lugar, que no existe prueba directa que el apelante realizara dolosamente pago alguno a funcionario camerunés con competencia para que éste actuara o se abstuviera de actuar de forma irregular con el fin de obtener o mantener el contrato PRE174 con el Ministerio de Defensa de la República de Camerún. En quinto lugar, la inexistencia de prueba de cargo directa en la Sentencia de instancia conlleva que se fundamente en prueba indiciaria, la cual no cumple los presupuestos establecidos en la Sentencia del Tribunal Supremo nº 532/2019, de 4 de noviembre, recurso de casación nº 10207/2019. En sexto lugar que la Sentencia no analiza la razón de los pagos a los funcionarios cameruneses, Contralmirante Agapito (director del Proyecto PRE174) y el Almirante Carlos, y las personas allegadas a los anteriores, Estela, esposa del primero, y las dos hijas del Almirante Carlos. Los pagos no están conectados con el otorgamiento o mantenimiento del contrato fruto de actuación u omisión irregular alguna del Contralmirante Agapito o Almirante Carlos a efectos de justificar el tipo penal y argumentar el fallo condenatorio. Por lo que el apelante analiza las dádivas y gastos incluidos en la página 17 de la Sentencia de instancia, considerando que la suma de 70.917,19 € estarían justificados por haber sido remitidos al Ministerio de Defensa los bienes demandados por el Contralmirante Agapito, como «un compresor de 20 bar con ruedas (tractable)», o bien, por estar incluidos en el artículo X "Recepción" del Contrato celebrado entre la mercantil pública DEFEX y la mercantil ARESA MARINE de 17.05.2012, como gastos inherentes a la delegación camerunesa, y que la suma de 16.289,94 € tendrían el carácter de "atenciones con el cliente", esto es, el Ministerio de Defensa (MINDEF).

Compartimos con el Ministerio Fiscal lo alegado en este motivo en relación a que la tutela judicial tiene más que ver con el segundo de los motivos, la presunción de inocencia, pero no podemos olvidar que la tutela judicial efectiva si exige una valoración racional de la prueba, aunque tal derecho no garantiza el acierto en la decisión judicial, pero permite repeler respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad", de tal suerte que no puede quedarse el derecho en una mera proclamación retórica y adquiere un definible contenido esencial del que pueden extraerse consecuencias específicas en relación con asuntos singulares. Vamos a analizar si la valoración de valoración llevada a cabo por el Tribunal de instancia y la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva siempre que sea razonada, y si se mueve dentro de cánones elementales de razonabilidad, para poder en definitiva sostener que se funda en una interpretación de la norma jurídica no extravagante, sino defendible, aunque se aparte de otras posibles, igualmente sostenibles.

En concreto el recurso especifica que el envío de un compresor y generador no está acreditado que fuera para uso particular del Contraalmirante; se alega que los gastos en relación a la asistencia médica y viajes de personas relacionadas con los funcionarios citados en los hechos probados fueron descontados por DEFES a su agente local RYBOSA SARL, y concretamente que el primero de los importes por servicios médicos no se debe a cirugía estética, como se refiere en la Sentencia y el Ministerio Fiscal ha señalado en diversas ocasiones durante el plenario sino que se trataron de unos gastos médicos con ocasión de una resonancia magnética (dorsal, lumbar y pélvica) practicada a la esposa del Contralmirante Agapito, Estela. Las otras dos partidas de la factura se deben, en primer lugar, a los gastos de estancia, manutención y alojamiento de la delegación camerunesa que, aun siendo una visita de trabajo, al no tratarse de una visita de recepción contemplada en el artículo X "Recepción" del contrato entre DEFEX y Aresa, corrió a cargo de DEFEX.

El Ministerio Fiscal alega con carácter general que la prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia no es prueba indiciaria, sino prueba directa. Aunque resulte hartamente conocido conviene precisar que será directa cuando se practica un medio de prueba dirigido a acreditar el supuesto de hecho del precepto legal cuya aplicación se solicita, mientras que la prueba indirecta (o indiciaria) cuando va dirigida a la prueba



de hechos (indicios) a partir de los cuales puede inferirse la existencia del hecho principal, esto es, es aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios), que no son los constitutivos del delito, pero de los que pueden inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en un nexo causal y lógico entre los hechos probados y los que se trata de probar, debiendo estos estar relacionados directamente con el hecho delictivo, existiendo una coherencia y concomitancia que descarte la presencia de los llamados contraindicios.

El Fiscal nos expresa que los correos electrónicos incluidos en los hechos probados "son suficientemente descriptivos y literosuficientes que no permiten otra interpretación que la alcanzada por el Tribunal a quo, se trata de «gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas, para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos por aquéllos referentes a este Tramo B del PRE1741», tratándose de «dádivas de favor extracontractuales, como regalos, viajes, estancias hoteleras y operaciones de cirugía estética», para el Contralmirante Agapito, Director del Proyecto PRE174 Sistemas Vigilancia Costera, su esposa Estela, el Almirante Carlos y sus dos hijas. Estas dádivas concretadas en la página 17 de la Sentencia de instancia, fueron acordadas y asumidas por la mercantil ARESA MARINE SL, y abonadas por la empresa pública DEFEX como contratista principal del Gobierno camerunés, sin que existiese una obligación contractual para ello, y durante la celebración y ejecución de los contratos del Tramo B o Vector Naval entre la empresa pública DEFEX y el Gobierno de la República de Camerún, por lo que sólo pueden ser valoradas «para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos por aquéllos referentes a este Tramo B del PRE174» como cohecho internacional conforme al tipo penal del art. 445 CP. Se trata de un comportamiento que, igualmente cumpliría, en su caso, el cohecho activo nacional del art. 424 CP, si se tratase de un funcionario público español el destinatario de las referidas dádivas y gastos a su favor.

La recurrente no puede negar el contenido de los correos electrónicos en el presente caso, si bien construye un relato reinterpretando su contenido; en cualquier caso entiende la Sala de apelación que estos, al margen de la valoración que se haga sobre su contenido, constituyen prueba directa del hecho criminal en tanto describe la acción típica, cuestión diferente es la valoración jurídica que de los mismos se haga, y la labor de subsunción de tales hechos en el tipo penal.

La sentencia recurrida expresa que resultó acreditado en el plenario que los condenados, en actuación conjunta y previamente puestos de acuerdo entre sí, dispusieron y organizaron la entrega de dádivas y pago de servicios a Autoridades de Camerún y personas allegadas, en el ámbito del Tramo B del contrato PRE174 (Camerún Sistemas Vigilancia Costera), subcontratado a Aresa Marine, S.L., para consolidar la obtención del contrato y mantener el encargo efectuado por las Autoridades de Camerún; teniendo ambos acusados, Sres. Fermín y Gerardo, a criterio del Tribunal, el dominio del hecho delictivo que configura la autoría, y no una mera participación, en el mismo.

Para ello expresa que esta actuación delictiva, tal y como viene descrita en el precedente apartado de Hechos Probados de esta resolución, resultó acreditada en el juicio, a la vista de la prueba practicada, y, especialmente, del resultado de las diligencias judiciales de entrada y registro practicadas en el seno de las D.P. 65/2014 del Juzgado instructor respecto del investigado, Fermín; el Informe y Resumen Ejecutivo del Informe elaborado por los peritos de Ernst & Young, referente a los contratos suscritos por DEFEX, S.A., y el Ministerio de Defensa de Camerún (Tomo XVIII de la Pieza Principal, folios 295 a 448 bis); el Informe de la UCO 62/2016, relativo a los contratos ejecutados por DEFEX en Camerún y Arabia Saudí (Tomo VII de la Pieza Principal, folios 202 a 209), y Anexos 13, 14, 23 y 24 de ese Informe 62/2016 (Tomo VII de la Pieza Principal, folios 210 a 214), e Informe de la UCO 249/2016 (Tomo I de la Pieza Separada Camerún, folios 54 a 126); todo ello ratificado y explicado en el juicio por sus autores, y puesto en concordancia con el resto de prueba practicada, declaraciones de los acusados, testificales, periciales, y documentación aportada y obrante en la causa.

Sobre la base de esta prueba practicada la sentencia declara probado que " *En el marco del Tramo B (Sector/ Vector naval) del Proyecto PRE174, y puestos de común acuerdo entre sí, Fermín, actuando como representante de Defex, y Gerardo, actuando en nombre y en beneficio de la subcontratista Aresa Marine, S.L., pagaron distintos gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas, para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos por aquéllos referentes a este Tramo B del PRE174. De ese modo, el Contralmirante Agapito, Jefe de Proyecto de los contratos comprendidos en el expediente PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera, con capacidad para redactar los contratos del Ministerio de Defensa de Camerún, fue beneficiario de dádivas de favor extracontractuales, como regalos, viajes, estancia hoteleras y operaciones de cirugía estética para su esposa Estela, sufragados por la empresa pública Defex como contratista principal. Así, con cargo a la facturación emitida por Aresa a Defex se incluyeron gastos, evidenciados en un correo de fecha 18-10-2012, enviado por el Contralmirante Agapito a Fermín, en el que establecen la forma de enviar la mercancía destinada para*





*el Contralmirante en los contenedores de Aresa, y no tener problemas en la aduana; y en un correo de fecha 23-10-2012, enviado por Fermín a Gerardo, con el asunto: "Compresor- Agapito".*

Como se ha adelantado la parte recurrente alegó que es arbitrario y contrario a toda lógica que los pagos de cuantía insignificante, que fueron realizados años después (entre febrero de 2013 y mayo de 2014) de la obtención de los contratos. Es cierto que no puede establecer relación causal alguna entre los beneficios obtenidos por funcionarios cameruneses y la obtención de los contratos, pero no podemos soslayar que el tipo no solo exige que concurren tales actos con el fin de conseguir los contratos sino también para conservar un contrato u obtener otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, y en ese sentido, la operación comercial ha finalizado en mayo de 2015 debiendo ejecutarse el contrato y el cobro de lo estipulado, en cuyo desarrollo los funcionarios beneficiados tenían una gran responsabilidad e incidencia en las decisiones que afectaban al buen fin de la ejecución de los contratos. El Contralmirante Agapito era el director de la ejecución de los contratos, y además esta operación comercial se formalizó, en un primer momento, con el Acuerdo Marco de 18.11.2010, cuyas «estipulaciones recogidas en ese Acuerdo Marco fueron negociadas entre Fermín y Agapito, Contralmirante camerunés y director del Proyecto. Posteriormente y en relación con el tramo B/Vector Naval como expresan los hechos probados construida, a pesar de formar parte de los compromisos contractuales con el Gobierno camerunés, y que condicionó el mantenimiento o ejecución del contrato. En la Sentencia de instancia consta que todas las «operaciones comerciales arriba reseñadas se ejecutaron completamente (con la única salvedad de la instalación de la grúa pórtico)».

La segunda adenda de 07.01.2013 incluyó un cambio en los motores de las embarcaciones como consecuencia de la problemática que afectaba a ese contrato y su mantenimiento o ejecución, una vez que el constructor japonés de los motores YAMAHA rehusaba su exportación por razones de inadaptabilidad, y que se materializó en la Adenda nº 2 de fecha 07.01.2013. En los Hechos Probados consta que «previamente a dicha segunda adenda, firmada el 7 de enero de 2013, el Jefe del Proyecto, el Contralmirante camerunés Agapito, y Fermín, resolviesen la problemática de los motores de las embarcaciones directamente, sin intervención de ninguna de las sociedades de Teodosio»; por otro lado, en «un correo electrónico de fecha 6-11-2012 enviado por el Contralmirante Agapito, DIRECCION000, a Fermín, asunto: "Motores Yamaha lanchas Aresa", aquel le requirió para que confirmase el pedido de los nuevos motores, comprometiéndose personalmente a obtener una carta de confirmación firmada por el Ministro para la firma de la Adenda nº 2 al referido contrato, y dando incluso las instrucciones precisas para la redacción de la adenda, en el sentido de tener que «rehacerla más corta y sencilla para que no dé la impresión de un contrato completamente rehecho», y así permitir la firme directa del Ministro, sin necesidad de que fuese enviado a la Presidencia de la República de Camerún. En ese mismo correo, el Contralmirante Agapito también dio instrucciones sobre la redacción de las facturas y el contrato: "Así, nosotros (DEFEX, Aresa y yo) estamos al tanto exactamente de los que se debe hacer y sabremos siempre como gestionar las eventuales dificultades que pueda surgir (nunca se está a salvo al 100%". Posteriormente, el 14-11-2012 el Contralmirante Agapito envió directamente a Fermín el Proyecto de Adenda nº 2 con la modificación de la motorización».

El correo electrónico de fecha 06.11.2012 pone de manifiesto de forma explícita la capacidad del Contralmirante Agapito para tomar decisiones sobre el contrato relacionado con el Tramo B, Vector Naval, y que afectó al otorgamiento y ejecución de éste. Como bien expone el Ministerio Fiscal los contratos a pesar de haber sido firmados en septiembre de 2011 sufrieron modificaciones durante su ejecución que motivaron que el Contralmirante Agapito y Fermín acordasen modificaciones al contrato Tramo B/Vector Naval, evitando la aprobación del Presidente de la República de Camerún, mientras el funcionario público y su esposa recibieron beneficios económicos, denominados por el apelante "atenciones con el cliente". Todo ello está acreditado de forma suficiente y determina con claridad que la evolución de ejecución el contrato dependía y mucho del Contralmirante Agapito, director del Proyecto PRE174 Camerún Sistemas Vigilancia Costera, lo cual ya adelanta y configura una relación causal entre este hecho y los beneficios obtenidos por él y su familia así como el otro funcionario en relación con la buena marcha de la ejecución del contrato.

Se alega por el recurrente que los beneficiarios de las dádivas y presentes no tenían capacidad alguna para otorgar el contrato ni tenían en el momento de gestionar los pagos capacidad alguna para mantener o no el mismo, y como bien dice el Fiscal esta alegación no se corresponde con los hechos probados, habiéndose acreditado lo contrario a juicio de la Sala de Instancia. En relación con el Contralmirante Agapito, director del Proyecto PRE174 Camerún Sistemas Vigilancia Costera, cargo reconocido por el propio apelante, está acreditado que se trata de un funcionario camerunés relevante para la contratación y ejecución de este complejo Proyecto, así como para su finalización. Ya se ha expresado que está acreditado que las estipulaciones recogidas en ese Acuerdo Marco fueron negociadas entre Fermín y Agapito, Contralmirante camerunés y director del Proyecto. Además como bien destaca el Fiscal, el 10 de abril de 2011, el Contralmirante remitió por correo electrónico a Fermín la versión definitiva del contrato, antes de ser firmado por el ministro de Defensa; más el mismo no fue enviado de forma oficial o formalmente regular, sino desde la





cuenta de su esposa Estela , para Fermín , y ello meses antes de la fecha que figura en el Acuerdo Marco. Las consecuencias probatorias de estos mensajes son incuestionables y la valoración que sobre el mismo hace la Sala de Instancia también

Por otro lado, respecto del Almirante Carlos se trata de una autoridad militar de la Armada de la República de Camerún, organismo destinatario de las embarcaciones objeto del contrato Tramo B/Sector Naval, que fue beneficiario de "servicios médicos, manutención y varios, y alojamiento", por importe de 7.482,13 €, y por "gastos médicos, hotel y otros conceptos" por importe de 6.782,72 € y por importe de 2.025,09 €, denominados como "atenciones con el cliente", según el propio apelante.

Además el Fiscal también nos recuerda que en el plenario también se examinó el informe pericial de Carmelo , a propuesta de la defensa de Gerardo y la mercantil ARESA MARINE SL, y entre la documentación adjuntada al referido informe figura documentación de finalización de los trabajos subcontratados por la mercantil pública DEFEX a la mercantil ARESA MARINE SL19, donde consta expresamente que el Contralmirante Agapito y el Contralmirante Carlos , como representantes del Ministerio de Defensa, fueron los encargados de autorizar el 21.01.2014 la recepción de parte de los trabajos encomendados a la empresa pública DEFEX como consecuencia del contrato de 12.09.2011 con el Ministerio de Defensa de la República de Camerún del Tramo B o Vector Naval20, estas actas de recepción se denominaban "Proceso Verbal". En los Hechos Probados de la Sentencia consta que en la operación comercial PRE204 - Camerún Armamento Patrulleras de fecha 21.08.2012 y de fecha 28.03.2013 por importe de 3.352.264 €, en «la firma de este acuerdo participaron, en nombre de DEFEX, Fermín , y en representación del Ministerio de Defensa de Camerún, el Coronel Enrique , Director de Presupuesto y Equipamiento del Ministerio de Defensa; el Contralmirante Agapito , Director Central del Ministerio de Defensa; Pedro Enrique o, Ministro Delegado de la Presidencia a cargo de la Defensa de la República de Camerún, y Felix , Ministro Secretario General».

Sobre toda esta base probatoria no parece desacertado ni arbitrario considerar acreditado que el Contralmirante Agapito tuvo una gran intervención y sobre todo trascendencia en la redacción, ejecución y firma de los contratos investigados. Pero lo que es más importante, tenía una gran trascendencia en el desarrollo de su ejecución, en la valoración de esta y en el cumplimiento del pago por parte del Gobierno camerunés, como se verá a continuación.

En otro orden de cosas, la apelante parte sostiene que no se ha explicado ni motivado relación alguna entre los pagos con algún tipo de actuación irregular de los funcionarios cameruneses dirigido a su obtención o en este caso conservación de este, y ello cuando se trata de contratos firmados por otras autoridades. Conviene ya advertir que no es necesario que el destinatario de las dádivas o prebendas sea la autoridad o funcionario público que firma el contrato de la Administración, sino aquel que tenga posibilidad funcional o de hecho para poder conseguir el beneficio irregular perseguido y también que la consumación no requiere que se alcance el objetivo económico cuya finalidad debe dirigir la actuación del particular. En este sentido tanto la sentencia como el Ministerio Fiscal destacan el contenido del correo electrónico de 06.11.201222 enviado por el Contralmirante Agapito a Fermín para redactar la Adenda nº 2 de fecha 07.01.2013 respecto al contrato del Tramo B/Vector Naval, y que ha sido transcrito con anterioridad. Este correo se convierte en prueba directa de aspectos esenciales para determinar la subsunción del tipo penal, primero la capacidad y poder del contraalmirante, segundo como propone y ejecuta actos que se pueden denominar irregulares y que tienen relación con el ejercicio de sus funciones públicas, y además que existe un claro concierto entre el condenado y el militar camerunés asumiendo este último plenamente su función de asegurar el buen fin del contrato frente a cualquier avatar.

El Ministerio Fiscal cita la documental obrante en el procedimiento en relación a un correo de fecha 07.10.2015 enviado por Teodosio a la nueva dirección de DEFEX, que fue encontrado en el despacho del nuevo responsable de DEFEX, en el que dice que el agente tan citado de la empresa en Camerún las autoridades camerunesas «me han otorgado su confianza al adjudicar excepcionalmente el Proyecto a DEFEX sin convocar concurso», y que «en todo los aspectos referentes al proyecto, el contexto de acuerdo tácito entre caballeros que ha prevalecido siempre en las relaciones entre el almirante (Representante de la parte camerunesa), Fermín (Representante de la adjudicataria DEFEX) y yo mismo que era y sigo siendo el Facilitador. Este correo no aparece en los hechos probados, pero contextualiza de forma y reveladora los que, si se relatan en la sentencia, dotando de plena racionalidad y lógica argumentación a la valoración general del aprueba que hace el Tribunal de Instancia.

En otro aspecto el apelante alega que no existe prueba directa de que realizara dolosamente pago alguno a funcionario camerunés con competencia para que este actuara o se abstuviera de actuar de forma irregular con el fin de obtener o mantener el contrato PRE174 con el Ministerio de Defensa de la República de Camerún. Como bien destaca el Ministerio Fiscal los correos electrónicos intercambiados entre Fermín y Gerardo transcritos en los Hechos Probados de la Sentencia de instancia, las facturas nº 20 y 21 de ARESA MARINE SL



a la mercantil pública DEFEX, los gastos asumidos que no debían ser desglosados y que debían ser imputados como gastos justificados denominados de la "Delegación Marina Camerún a Barcelona para la recepción de las embarcaciones RIB 12", "los gastos médicos del Almirante Carlos y de Estela son aceptados así como otros gastos varios de esta última", y el cheque de 1.500 € al Contralmirante Agapito, son prueba directa de una actuación consciente de otorgar un beneficio económico a funcionarios públicos cameruneses y a la esposa del Contralmirante Agapito, para que actuasen a su favor «para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos» en relación con el Tramo B/ Vector Naval del PRE174 Camerún Sistemas Vigilancia Costera. Estos correos acreditan de forma suficiente y sin un mayor esfuerzo argumentativo que se pagaron distintos gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas, para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos por aquéllos referentes a este Tramo B del PRE174.

El apelante alega que la Sentencia no analiza la razón de los pagos a los funcionarios cameruneses, Contralmirante Agapito (Director del Proyecto PRE174) y el Almirante Carlos, y las personas allegadas a los anteriores, Estela, esposa del primero, y las dos hijas del Almirante Carlos, y niega que se trate de pagos que estén conectados con el otorgamiento o mantenimiento del contrato fruto de actuación u omisión irregular alguna del Contralmirante Agapito o Almirante Carlos, a efectos de justificar el tipo penal y argumentar el fallo condenatorio. El Ministerio Fiscal razona que, aun aceptando como dice el apelante que una parte de esos gastos fueron "atenciones con el cliente", la razón de esas atenciones requiere algún tipo de explicación sobre su carácter debido. El tipo penal del art. 445 CP no cuantifica el «beneficio indebido, pecuniario o de otra clase», como tampoco es cuantificada la «dádiva o retribución de cualquier clase» en el cohecho activo nacional del art. 424 CP. Por lo que las denominadas "atenciones con el cliente" para conseguir o conservar un contrato pueden colmar el tipo penal.

Se comparte que esos gastos incluidos en los Hechos Probados de la Sentencia de instancia son «gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas, para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos por aquéllos referentes a este Tramo B del PRE174». Todo indica que para el mantenimiento y buen fin de los contratos del Sistema de Vigilancia Costera, se pactó el envío del equipamiento solicitado por el Contralmirante Agapito, quien había solicitado una máquina de ladrillos y cafetera, y los servicios médicos y atenciones al Almirante Carlos, Jefe del Estado Mayor de la Marina de Camerún, y su acompañante, no olvidándose de que el Contralmirante Agapito, como Jefe del Proyecto del expediente Pre174 Camerún Sistemas Vigilancia Costera tenía capacidad para redactar los contratos del Ministerio de Defensa de Camerún y que ambas autoridades camerunesas firmaron recepciones de embarcaciones en la ejecución del contrato del Tramo B o Vector Naval.

El análisis de otros correos que obran en la prueba documental aportada al procedimiento, como es el caso de un correo electrónico de 21.05.2013, enviado por una empleada de la empresa pública DEFEX, a una empleada de ARESA INTERNACIONAL, con copia a Fermín, en contestación al correo de ARESA de igual fecha, en el cual se imparten instrucciones sobre la forma de facturar a DEFEX los gastos médicos del Almirante Carlos y su acompañante, por importe de 2.025,09 € del albarán nº NUM008, y de las mercancías - "máquina de ladrillos, cafetera, etc."- con destino al Contralmirante Agapito, por importe de 16.680 € más IVA del albarán nº NUM009; tales instrucciones establecían los importes que no debían ser desglosados en las facturas y que tenían que ser incluidos como, "Delegación Marina Camerún a Barcelona para la recepción de las embarcaciones RIB 12", y "Equipamiento de taller solicitado por la Marina Camerunesa", importes que son asumidos por la empresa pública y que no hacen más que acreditar los hechos declarados probados por la sentencia, pero especialmente el carácter de indebidos estas remuneraciones a los funcionarios cameruneses y totalmente alejados del área contractual incluso en su más alejado perímetro.

Por último, resultan muy revelador el correo enviado por la esposa del contraalmirante al recurrente en el que se decía que " Teodosio me ha dicho que ya habría un contenedor listo para enviar a Aresa. Tenemos que ser muy cautos para evitar cualquier problema con las aduanas"; se detalla la información que debe aparecer en los conocimientos de embarque de los materiales enfatizando lo que sólo debe aparecer "Descripción del contenido de los contenedores: piezas y herramientas de los barcos de la Marina Nacional de Camerún/ Contrato MINDEF nº NUM007 de 12 sep. de 2011, finalizado con el mandato de que la carga de los contenedores se debe colocar de tal forma que los materiales contractuales queden delante a la hora de abrir los contenedores. Este correo fue enviado el 18 de octubre de 2012, y el 23 de del mismo mes aparece otro correo en el que el asunto del correo se denomina "Compresor - Agapito" y se dice expresamente que "Me pide el Contra-almirante Agapito, incluir si posible en el primer contenedor a enviar un compresor de 20 bar con ruedas (tractable). Por otro lado, como se indica en un pasado correo, es necesario cargar en el fondo del contenedor el mobiliario y material que sea para el apartamento de vuestro personal (camas, sillas, etc.), de manera que al abrir el contenedor aparezcan a la vista el mobiliario, equipos, herramienta y los materiales



propios del contrato. Posteriormente existe otro correo en el que el Contraalmirante requiere que se confirmase el pedido de los nuevos motores, comprometiéndose personalmente a obtener una carta de confirmación firmada por el Ministro para la firma de la Adenda nº 2 al referido contrato, y dando incluso las instrucciones precisas para la redacción de la adenda, en el sentido de tener que «rehacerla más corta y sencilla para que no dé la impresión de un contrato completamente rehecho», y así permitir la firma directa del Ministro, sin necesidad de que fuese enviado a la Presidencia de la República de Camerún. Recordemos que en ese mismo correo, el Contraalmirante Agapito también dio instrucciones sobre la redacción de las facturas y el contrato: "Así, nosotros (DEFEX, Aresa y yo) estamos al tanto exactamente de lo que se debe hacer y sabremos siempre cómo gestionar las eventuales dificultades que pueda surgir (nunca se está a salvo al 100 %)"

La profusión y extensión que le dedicamos a la valoración de estas pruebas entendemos que no son propias de una resolución de apelación sino de Instancia, pero compartimos con esta última que su literosuficiencia y expresividad general generan una intensa convicción sobre los hechos probados y en sí mismos descargan en gran manera de su valoración, pues su literalidad es suficiente para acreditar tales hechos sin mayores razonamientos.

En la misma línea se pueden citar los correos intercambiados entre Fermín y Gerardo, de fechas 15-1-2013 y 31-1-2013, referentes a gastos de cirugía estética para la esposa del Contraalmirante Agapito, y de material para el uso del Contraalmirante, en el que se hace alusión al plan de vuelo de la esposa del contraalmirante, así como la intención de esta de continuar el proceso de "Recauchutado" en una clara alusión a los tratamientos de cirugía estética. También es sumamente revelador el enviado entre ambos con el tenor literal ya conocido, en el que destaca la expresión "con objeto de "diluir" el "mamotreto" que irá en este tercer contenedor, debemos enviar una cantidad importante de los repuestos incluidos en contrato (pueden ser vuestros barcos o los de Rodman). Por ello sería conveniente enviar un contenedor de 40 pies. Por otro lado, quedo a espera que urgentemente me envíes los costos incurridos en las operaciones especiales: "mamotreto y mamotretín" más recauchutado, para ver cómo lo encuadramos.

Como más se puede decir tras su lectura, acreditan el carácter indebido de los beneficios( gastos sin relación alguna con la ejecución de los suministros y servicios contratados, como son los gastos de cirugía estética para la esposa del Contraalmirante Agapito y material para el uso personal del Contraalmirante, los gastos médicos del Almirante Carlos ) los cuales debían ser encuadrados de forma especial, y Debían ser diluidos, esto es disimulados o enmascarados, en definitiva totalmente alejados de las consecuencias legales de los contratos en ejecución.

Por todo ello, la Sala de Apelación comparte plenamente la valoración de la prueba llevada a cabo por la Sala y sus conclusiones, e insistimos en que la literalidad de los correos es expresiva de todo cuando ha sido acreditado por la sentencia, y además se ven claramente proyectada esa literalidad en otras pruebas documentales y periciales practicadas en el acto del juicio. Es acertada la conclusión de la sentencia de instancia sobre que el Contraalmirante Agapito, Jefe del Proyecto de los contratos comprendidos en el expediente Pre174 Camerún Sistemas Vigilancia Costera y con capacidad para redactar los contratos del Ministerio de Defensa de Camerún fue beneficiario de regalos, viajes, estancia hoteleras y operaciones de cirugía estética para su esposa Estela, sufragados por la empresa pública DEFEX como contratista principal, en contraprestación por los contratos celebrados con el gobierno camerunés. También es acertada la conclusión de que estos gastos «gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas," tenían el fin de asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos por aquéllos referentes a este Tramo B del PRE174», los cuales son claramente caracteres indebidos. También compartimos con la Sala de Instancia que todos estos pagos de «gastos de favor o dádivas» fueron realizados por la empresa pública DEFEX resultando ser gastos no justificados e indebidos de la operación comercial PRE174 Camerún Sistemas Vigilancia Costera. En su consecuencia se debe desestimar este motivo de recurso.

## **2.2 Motivo número 2 .-**

El apelante se alza contra la Sentencia de instancia alegando como segundo motivo «infracción de normas del ordenamiento jurídico por vulneración del derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE)». Los argumentos expresados en el anterior motivo serían suficientes para desestimar el presente. La Sentencia de instancia identifica la prueba de cargo que valora como suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado para lo cual como hemos visto reproduce parte de ella en los Hechos Probados, como algunos de los correos electrónicos que obran en la documental del procedimiento.

El recurrente en este segundo motivo destaca la arbitrariedad y ausencia de motivación de la Sentencia vulnera frontalmente el principio de presunción de inocencia. Reiterando que no existe una sola prueba practicada en el plenario que acredite que el Contraalmirante Agapito tenga, en ejercicio de funciones públicas,



competencia para otorgar o conservar el contrato que nos ocupa y haya desarrollado en ejercicio de tales funciones actividad alguna para obtenerlo o conservarlo. En consecuencia, no existiendo prueba que soporte el relato condenatorio de la Sentencia, no ha quedado desvirtuada la presunción de inocencia, eje y garantía fundamental de nuestro sistema penal, de forma tal que la Sentencia infringe y choca frontalmente con dicho principio constitucionalmente consagrado.

La apelante nos recuerda nuestro cometido, que en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal número 477/2020 de 28 de septiembre de 2020, habrá de verificarse si la prueba de cargo con base en la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido y por tanto: - En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo. - En segundo lugar, se ha de verificar el "juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. - En tercer lugar, se ha de verificar el "juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia. En estrictos términos de defensa, la crítica hacia la resolución recurrida no se orienta hacia sugerir o proponer una valoración distinta a la ofrecida por el Tribunal tras la valoración de la prueba practicada, sino hacia señalar lo que se considera una ausencia de verdadera prueba de cargo y de proceso valorativo desarrollado por el Tribunal de la prueba de indicios que le ha servido para fundamentar la condena establecida así como la absoluta falta de valoración de la prueba de descargo existente.

Siguiendo también el acertado informe del Ministerio Fiscal donde se expresa que la Sentencia describe la prueba practicada y que ya ha sido transcrita en el motivo anterior, donde se erigen como pruebas de cargo incuestionadas los correos electrónicos; como bien razona la sentencia "sin que ni aquél ni el también acusado, Sr. Gerardo, pese a negar ambos haber cometido ese delito, dieran explicación satisfactoria alguna que desvirtuara el obvio contenido e intencionalidad de tales correos».

En lo que se refiere a la valoración de la prueba y la configuración de los hechos probados como consecuencia de tal actividad, como ya hemos dicho está también fuera de dudas que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal de apelación, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia (entre otras muchas, SSTs 330/2016, de 20 de abril). En recurso interpuesto no se describe irracionalidad o arbitrariedad en la valoración de la prueba, ni tan siquiera se hace cuestión concreta de las mismas, más allá de vagas y generales cuestionamientos.

La valoración que se hace en la sentencia recurrida respecto a la prueba practicada es racional, en nada arbitraria, y toda ella conduce al correcto criterio de subsunción utilizado, así como a la calificación de los hechos y la condena impuesta. La parte recurrente no ha contrariado ninguno de estos elementos probatorios, ni ha ofrecido interpretación mínimamente plausible que los cuestione. Para la desestimación de este motivo nos remitimos también a lo ampliamente razonado en el anterior motivo.

### **2.3 Motivo número 3.-**

Se articula la infracción de normas del ordenamiento jurídico, vulneración del principio de legalidad penal (art. 9.3 ce, art. 25.1 CE y arts. 1 y 2 CP.) y en especial, del principio de tipicidad penal (art. 25.3 ce, arts. 10 y 12 CP). La apelante sostiene que la Sentencia de instancia, de una forma contraria al ordenamiento jurídico extiende el tipo penal a conductas no contempladas por la norma tipificadora el art 445 del Código penal vigente en el momento de cometerse el delito. Nos dice que el tipo penal es claro, la conducta de ofrecer dádiva a funcionarios (para su beneficio o para el de un tercero) para que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas a fin de conseguir irregularmente un contrato o conservarlo.

Amparándose en la descripción que hace la Sentencia, sobre la finalidad de pagos al Contralmirante Agapito y personas allegadas "para consolidar la obtención del contrato y mantener el encargo efectuado por las autoridades de Camerún", se concluye que se modifica de forma contraria al ordenamiento la conducta tipificada, que ya no es la obtención, sino "consolidar la obtención", y "mantener el encargo" aunque reconoce que podría ser equiparable a "conservar", pero se dice que no se duce nada sobre cuál es el beneficio irregular que se hubiera obtenido con la dádiva y ofrecimiento.

Tras hacer un resumen doctrinal sobre el tipo penal en cuestión reconoce que como consta probado en la causa el Contralmirante Agapito ostentaba el cargo de Ingeniero jefe director del Proyecto, recayendo la competencia para la contratación pública del Proyecto PRE174 en el presidente de la República de Camerún y que el Almirante Carlos no ostentaba competencia alguna en relación con los contratos. Y concluye que no serían subsumibles, en consecuencia, en el tipo del art. 445 del Código Penal español las atenciones, dádivas o regalos ofrecidos a funcionarios en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido





legalmente por lo que, en definitiva, sólo serían reconducibles al anterior tipo penal los supuestos en los que el corruptor pretende que el funcionario público extranjero: (a) realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutiva de delito o un acto injusto no delictivo, todo lo de conformidad con la legislación del agente público extranjero; y (b) se abstenga de ejecutar un acto que debería practicar en el ejercicio de su cargo.

El Ministerio Fiscal sostiene que el análisis que hace el apelante del tipo penal del art. 445 CP no se corresponde con la tipicidad del precepto, ni tampoco con la competencia y jurisdicción de los Tribunales españoles, una vez que condiciona la aplicación del delito a realizar actuaciones jurisdiccionales en territorio extranjero para determinar legalidad o ilegalidad de la acción del funcionario público extranjero. Para ello nos recuerda que el Convenio de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, hecho en París el 17 de diciembre de 1997, que entró en vigor en España el 4 de marzo de 2000, según el instrumento de ratificación (BOE nº 46 de 22.02.2002), impone a las partes la obligación de perseguir penalmente la corrupción activa, entendiendo por tal la que realiza el particular en el ámbito de las operaciones comerciales internacionales. La corrupción pasiva queda fuera del tipo penal y se relega a la jurisdicción de cada país.

El tipo penal del art. 445 CP, en su redacción por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, reguló el delito de corrupción de funcionario público en las transacciones comerciales internacionales -actualmente como una modalidad de delito de corrupción en los negocios en el artículo 286 ter CP- con la siguiente redacción:

**«1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a los funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales, en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas de prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al duplo del montante de dicho beneficio.»**

Analizando el caso en cuestión entendemos que la Sala de Instancia ha realizado una adecuada subsunción de los hechos en tipo penal de tal modo que las expresiones considerar que mantener el encargo es una expresión similares a la de la conservación del contrato, puesto que los contratos no se conservan en sentido literal, sino que se defiende su subsistencia frente a posibles irregularidades en su ejecución que podrían tener como consecuencia penalidades o resultados negativos, y esto es lo que aquí acontece a la luz de la prueba practicada y el análisis que de la misma formula la Sala de instancia. Estamos ante un tipo penal escasamente aplicado en nuestro país, sin referencias jurisprudenciales y escaso tratamiento doctrinal.

Existe un consenso entre todas las partes en que el tipo a aplicar es el previsto en el art 445 en su versión vigente desde 23 de diciembre de 2010 hasta el 30 de junio de 2015. Este delito aparece en el Código Penal tras la aprobación de la ley orgánica 3/2000, de 11 de enero, modifica el Código Penal de 1995 añadiendo un nuevo Título XIX bis al Libro II del Código Penal, que denomina «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», con un único artículo (el 445 bis) que parecería una nueva modalidad de cohecho dirigida a evitar la corrupción en las transacciones internacionales; el nuevo Título dedicado a la corrupción internacional se situó entre los Títulos destinados a tutelar con carácter general el correcto desempeño de la función pública (Tít. XIX, de los delitos contra la Administración pública, y Tít. XX, de los delitos contra la Administración de justicia) y ello parecía indicar que la finalidad que perseguía la incriminación de los comportamientos allí descritos se situaba también en el correcto desempeño de la función pública; pronto la doctrina determinó que el bien jurídico tutelado en este delito debería asentarse en «el correcto desarrollo del tráfico comercial internacional» Teniendo en cuenta que el objetivo del Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, en virtud del cual se creó el precepto penal, el objetivo de su traducción en nuestro Código Penal es salvaguardar el principio de libre y limpia competencia esencial para el buen funcionamiento del mercado; ahora bien, no hay que olvidar que cuando alguien soborna a un funcionario que interviene en un acto de contratación pública no sólo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor, además se pueden vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en la función pública. Se ha aceptado la doble naturaleza del bien jurídico protegido: el libre mercado y la función pública, afirmándose el carácter pluriofensivo del precepto, consecuencia de la observación de que la imparcialidad de los funcionarios públicos incide de manera decisiva en la competencia.

Ahora bien con carácter previo se debe hacer u somero estudio comparativo sobre este tipo penal ya derogado y su sustituto para analizar si con la nueva redacción las posibles acciones u omisiones que antes recaían dentro del ámbito del injusto hoy también lo estarían con la nueva redacción. Tras la atenta lectura del nuevo art. 286 ter del Código Penal, lo que podemos concluir sin lugar a dudas es que al ámbito del injusto no solo no se ha restringido, sino que se ha ampliado, de tal suerte que a la promesa o concesión de cualquier beneficio indebido





se le añade la expresión "ventaja", se amplían los sujetos a corromper a cualquier autoridad o funcionario público, prescindiendo de su restricción a los funcionarios extranjeros o pertenecientes a organizaciones internacionales y en lo que se refiere a la conseguir o conservar un contrato se amplía también con el concepto "negocio"; por ello no hay problema alguno en aplicar el tipo drogado al estar recogido toda la amplitud de su injusto en el nuevo tipo penal.

Con el precepto aplicable al caso se protege tanto la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de la función pública como la competencia, si bien el peso de ésta alcanza mayor relevancia en la medida en que la corrupción sólo es punible cuando afecta a transacciones, contratos u operaciones económicas, de tal suerte que se trata de proteger la imparcialidad de los funcionarios públicos no como un fin en sí mismo, sino como un medio para proteger la adecuada competencia. Pero de lo que no cabe duda es que el tipo penal tiene una naturaleza esencialmente socioeconómica que tiende a proteger la posición de los competidores frente a quienes se valen de la corrupción para abusar de una posición dominante en el ámbito internacional y por ello nuestro Código Penal desde el año 2015 lo ha introducido en la sección 4ª Delitos de corrupción en los negocios, ubicado en el Capítulo ( De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores)

La conducta contemplada en el art. 445 CP guarda muchas similitudes con el delito de cohecho activo o de particular, caracterizado por cometerse en la realización de actividades económicas internacionales y dirigirse a la corrupción de un funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales. La conducta, pues, coincide en gran manera con la de las modalidades de cohecho del art. 424 CP, por lo que la acción delictiva puede consistir en ofrecer, entregar o prometer una dádiva o presente al funcionario público con la finalidad de corromper o intentar corromperlo, lo que se corresponde con las acciones que puede realizar el funcionario, pero desde la perspectiva del particular, a la vez que se contempla el atender las solicitudes realizadas por los funcionarios.

Es cierto que el artículo en cuestión define la acción como el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de cualquier otra clase, mientras que el art 424 CP lo define como dádiva o retribución de cualquier otra clase, pero no cabe duda de la homogeneidad. En cualquier caso, el comportamiento típico ocupa el espacio de la corrupción y el intento de corrupción. Corromper equivale a aceptar o admitir dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas por parte del funcionario público extranjero. Atender a las solicitudes del funcionario público extranjero significa, en pura lógica, la aceptación por el particular de la propuesta realizada por aquél consistente en la entrega, inmediata o futura, de una dádiva. El objeto material del delito estará integrado por beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, donde se integrarán por un lado dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, esto es, prestaciones, en principio, de carácter material valorables económicamente. Podemos concluir que el término corrupción rompió los límites de los abusos de poder o de irregularidades cometidos en un proceso de decisión (político o administrativo) a cambio de la obtención de una ventaja indebida para alcanzar ya toda forma de aprovechamiento de una posición pública (o, en general, de poder) para los fines ilegítimos normalmente de carácter privado.

De todas formas, aunque generalmente estas prestaciones tengan un carácter económico, argumentándose, entre otras cosas, que la pena de multa se fija en función del valor de la dádiva, si lo interpretamos en el sentido del Convenio OCDE, se refiere a «cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase» (art. 1.1); la finalidad de este instrumento internacional es incluir las dádivas, presentes u ofrecimientos de carácter no pecuniario y la naturaleza del beneficio, a diferencia de los delitos de cohecho, puede no tener un carácter material, ni mucho menos consistir en una suma de dinero en efectivo; en las Recomendaciones de la OCDE de 2006 se hace hincapié en que la norma penal española debe dejar claro que en el tipo están incluidos tanto los beneficios pecuniarios como los de cualquier otra índole (favores de naturaleza sexual, promesas de condecoraciones, etc.) Lo importante y esencial es que el beneficio que reciba el funcionario sea indebido y no necesariamente ilícito, esto es, no tiene por qué constituir una contrariedad legal del orden que sea, puede ser sencillamente algo contrario a lo contractualmente pactado.

En cuanto al valor de la contraprestación (beneficio indebido, pecuniario o de otra clase), en los Comentarios al Convenio se establece taxativamente que «Constituye también delito, independientemente de, entre otras cosas, el valor del beneficio, sus resultados, la percepción de estos hechos a la luz de las costumbres locales, la tolerancia de dichos pagos por las autoridades locales, o la supuesta necesidad del pago con el fin de obtener o conservar contratos u otros beneficios irregulares», siendo, en definitiva, indiferente el valor del beneficio. Por ello entendemos que el criterio fundamental no debe ser ni cuantitativo ni social-normativo, sino de imputación objetiva, esto es lo esencial es que la contraprestación indebida debe tener capacidad objetiva de corromper. Parecería que todo apunta a que dada la fenomenología del soborno transnacional en este tipo penal está pensado para aquellos casos en los que las sumas implicadas sean verdaderamente relevantes, pero esa



relevancia se deberá acomodar a cada país en cuestión, puesto que la misma cantidad puede ser irrelevante en un país y relevante en otro.

La finalidad que ha de perseguir el particular con su conducta es doble, por un lado, conseguir o conservar un contrato en concreto y, por otro, y más genéricamente, conseguir o conservar un beneficio irregular relacionado con la actividad económica internacional. El contenido del acuerdo no alcanza a cualquiera de las actividades que puede desempeñar en el ejercicio del cargo el funcionario extranjero o de una organización internacional sino únicamente a aquellas que afectan a las transacciones económicas internacionales. Este extremo es muy importante puesto que en el presente caso como se ha visto una de los motivos de impugnación de la sentencia es que no se da esta supuesto típico, esto es el de conseguir o conservar un contrato, pero por contra tenemos que afirmar que la tipicidad se extiende a algo más general, la obtención de un beneficio irregular; el termino irregular en sentido general supone algo que esta fuera la regla o resulta contrario a ella, mientras que en el ámbito jurídico irregular es aquello que esta fuera en contra de lo previsto en la norma o en un contrato, lo cual no quiere decir que el beneficio haya de ser necesariamente ilegal, sino contrario al origen previsto del mismo.

Además, al demandar el texto legal que el contrato o beneficio se obtenga o mantenga de forma irregular, se restringe así el ámbito de operatividad del precepto que incluiría únicamente los supuestos de cohecho propio o agravado, y no aquellos en los que se acuerda o entrega una gratificación por llevar a cabo una conducta conforme a derecho, como autorizar o prorrogar un contrato o beneficio de forma regular o legal. El término «irregular» que cualifica al contrato o beneficio debe ser interpretado en el mismo sentido en el que se interpreta la expresión "un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo" propio del cohecho activo tipificado en el art. 424 CP es decir, «no delictivo», puesto que así lo entiende nuestro Código penal, por ello entendemos que el Código no exige que el acto pretendido sea ilegal o injusto, sino que basta con que se irregular, es decir, lo que se aparta del orden establecido.

No debemos confundir el beneficio con el cual se intenta corromper al funcionario, que ha de ser indebido, del que pretende obtener el corruptor que ha de ser irregular; indebido es tanto aquello que no es obligatorio ni exigible como aquello que es ilícito, injusto o falta de equidad, y así por ejemplo no es lo mismo el cobro de lo indebido que la apropiación indebida, en definitiva una situación en la que una persona utiliza un derecho, poder o facultad de manera incorrecta, injustificada o en exceso, mientras que irregular es aquello contrario o fuera de la norma.

En cuanto al iter criminis, como todas las figuras delictivas de cohecho, ya que el art. 445 CP puede ser considerado así, se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley . El delito se consuma, pues, con el mero intento de corromper al funcionario público extranjero, sin que sea preciso que aquél acepte, y mucho menos que realice el acto al que se había comprometido en contraprestación por la dádiva o promesa. En definitiva, la efectiva aceptación de la oferta por parte del funcionario, así como su actuación posterior, son irrelevantes a efectos de la consumación del delito, para el que basta que se haya puesto en peligro la función pública de forma idónea; como bien destaca el Ministerio Fiscal señala la jurisprudencia con carácter general sobre el cohecho, «Nos hallamos ante una figura de infracción penal, el cohecho, que, al menos en algunos de sus modos de comisión, tiene las características de un delito de resultado cortado, en el cual el legislador ha querido anticipar el momento de su consumación, de forma que la actuación posterior pertenece al campo del agotamiento de delito. Basta, en esta clase de cohechos, con el ofrecimiento del dinero»

En el presente caso esto no tiene relevancia puesto que los beneficios indebidos obtenidos por los funcionarios cameruneses se obtuvieron, y como se verá más tarde, en la mente del corruptor ha de estar presente la intención de conseguir una ventaja competitiva que impida la concurrencia de otros actores económicos, que la dificulte o que se mantenga su relación contractual con semejantes fines; no es necesario para la consumación del delito que tal ventaja se consiga o incluso que la situación concreta lo hubiera permitido, el delito se consuma tan solo con que este elemento subjetivo guie la acción del corruptor. La intencionalidad forma parte del tipo penal y está integrado en el elemento subjetivo del dolo, puesto esta intencionalidad difícilmente puede equipararse a otro elemento que no sea el dolo. Si además se produce el resultado mayor facilidad probatoria concurrirá.

Como se ha adelantado, a finalidad perseguida con el delito, entendida como el objeto material del delito, ha de ser que los funcionarios «actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas» relacionadas con la realización de actividades económicas, comprende cualquier uso de la posición del agente público y ello tanto dentro como fuera de la competencia de ese agente. El art. 445 CP únicamente admite la forma de comisión dolosa, no sólo porque no esté prevista la forma imprudente en su punición, lo que ya sería bastante dada la cláusula general contenida en el art. 12 CP, sino porque su propia naturaleza hace que sea muy difícil interpretar los actos de corrupción al margen de la voluntariedad de su autor, en el



cual entendemos incluido el dolo eventual, que como veremos más tarde puede incurrir el segundo de los apelantes. Lo importante es que el comportamiento del autor debe ir dirigido a que los funcionarios públicos extranjeros «actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular», y ello con el último fin de afectar a la libre competencia de otros competidores, esto es, dificultar o impedir la entrada de otros competidores, mas no es necesario que la competencia se vea afectada sino que el sujeto activo del delito lo pretenda como fin de su actividad criminal.

Por último, al igual que en el cohecho, la jurisprudencia ha considerado irrelevante que la dádiva la reciba un funcionario público distinto de aquel que tiene la competencia para realizar el acto del cargo. Así la STS 504/2003, de 2 de abril señala: «no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el funcionario encargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor o que solicita el cohecho, interpretación pacífica que resulta del propio tenor legal del tipo penal que refiere la recepción para la realización de un acto en el ejercicio de su cargo». Lo mismo declaran las STS 1096/2006, de 16 noviembre, 795/2016, de 25 de octubre 613/2018, de 29 de noviembre y 399/2018, de 12 de septiembre.

Si analizamos los hechos probados las pruebas existentes en el presente caso y la valoración desarrollada por la Sala sentenciadora no cabe duda alguna de que los hechos se encuentran dentro de la tipicidad del art 445 del Código penal, concurriendo todos los requisitos a los que hemos hecho mención. Por un lado tenemos los beneficios indebidos obtenidos por el Contraalmirante Agapito, Jefe del proyecto de los contratos comprendido en el expediente PRE174, con capacidad para redactar contratos del Ministerio de defensa de Camerún, así como el Almirante....; (regalos, viajes, estancias hoteleras y especialmente la operación de cirugía estética de la esposa del primero; a esto se deben unir el generador y el compresor de 20 bar(tractable) así como otro tipo de materiales que fueron enviados a este funcionario a título personal, hasta el punto de que el funcionario a través de su mujer dio instrucciones al apelante de como colocar la mercancía en el contenedor, como debían redactarse el conocimiento de embarque, así como la colocación de los materiales distinguiendo los contractuales que son los que debías ir en la parte delantera de los contendedores; igual consideración aparece en el correo de 23 de octubre enviado por el apelante a Aresa, donde dice de forma expresa que pide el Contralmirante enviar el compresor, y pide que se cargue todo de tal manera que al abrir el contenedor aparezca a la vista el mobiliario equipos herramientas y los materiales propios del contrato, donde obviamente no se encontraba el compresor. También la forma en que había que de "diluir" el "mamotreto" que irá en este tercer contenedor, debemos enviar una cantidad importante de los repuestos incluidos en contrato (pueden ser vuestros barcos o los de Rodman). Por ello sería conveniente enviar un contenedor de 40 pies. Como se ha valorado anteriormente en esto queda acreditado en la forma en la que los condenados denomina al envío de estos materiales como operaciones especiales: "mamotreto y mamotretín" más recauchutado, para ver cómo lo encuadramos."

A esto hay que añadir la forma en la que se facturaban estas operaciones (correo electrónico de fecha 21-5-2013, enviado por una empleada de DEFEX, a una empleada de Aresa, con copia a Fermín, aquella daba instrucciones a ésta sobre la forma en que debía facturar Aresa a DEFEX los gastos médicos del Almirante Carlos y su acompañante, por importe de 2.025'09 euros, y las mercancías, "máquina de ladrillos, cafetera, etc.", destinadas al Contralmirante Agapito, por importe de 16.680 euros más I.V.A., importes que no debían ser desglosados, y que había que denominar "Delegación Marina Camerún a Barcelona para la recepción de las embarcaciones RIB 12", y "Equipamiento de taller solicitado por la Marina Camerunesa.

Todo ello acredita sin lugar a duda que se dieron y concedieron beneficios indebidos a los funcionarios mencionados con entidad suficiente como para corromper a los mismo y especialmente al Contraalmirante Agapito. Por otro lado que estos beneficios iban dirigidos a que estos funcionarios actuaran o se abstuvieran de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conservar y obtener un beneficio irregular a favor de las empresas dirigidas por el apelante. Esto también está acreditado y así se valoró anteriormente; así aparecen las gestiones del Contraalmirante destinado por ejemplo a el que requirió para que confirmase el pedido de los nuevos motores, comprometiéndose personalmente a obtener una carta de confirmación firmada por el Ministro para la firma de la Adenda nº 2 al referido contrato, y dando incluso las instrucciones precisas para la redacción de la adenda, en el sentido de tener que «rehacerla más corta y sencilla para que no dé la impresión de un contrato completamente rehecho», y así permitir la firma directa del Ministro, sin necesidad de que fuese enviado a la Presidencia de la República de Camerún; en ese mismo correo, el Contralmirante Agapito también dio instrucciones sobre la redacción de las facturas y el contrato: y como se ha referido anteriormente establece una cláusula de seguridad frente a posibles avatares "Así, nosotros (DEFEX, Aresa y yo) estamos al tanto exactamente de lo que se debe hacer y sabremos siempre cómo gestionar las eventuales dificultades que pueda surgir (nunca se está a salvo al 100 %)". Y Posteriormente, el 14-11-2012 el Contralmirante Agapito envió directamente a Fermín el Proyecto de Adenda nº 2 con la modificación de la motorización. Este correo es lo suficientemente expresivo como para considerar acreditado que la relación



entre el apelante y el contraalmirante no solo era la de desarrollo de las obligaciones contractuales sino que el funcionario camerunés realizaba actos en relación al ejercicio de sus funciones con el fin de que el apelante consiguiera un beneficio irregular en el sentido antes expresado y en todo caso que lo pudiera obtener a pesar de cualquier circunstancia adversa que pudiera darse. También es importante el correo en el que el Contraalmirante explica cómo hay que hacer determinadas gestiones para evitar la necesidad de hacer un nuevo contrato o licitación, donde se desprende con claridad que la actuación de los funcionarios estaba motivada y dirigida por el fin de limitar y evitar la concurrencia de competencia.

La relevancia del Contraalmirante y su poder para adoptar decisiones o influir en las de sus superiores también está acreditado y así "Las estipulaciones recogidas en ese Acuerdo Marco fueron negociadas entre Fermín y Agapito, Contraalmirante camerunés y director del Proyecto. La relevancia del contraalmirante como sea visto era máxima. No podemos olvidar la circunstancia que motivó que previamente a acordar la segunda adenda, el jefe del Proyecto, el Contraalmirante camerunés Agapito, y Fermín, resolviesen la problemática de los motores de las embarcaciones directamente, sin intervención de ninguna de las sociedades de Teodosio. En definitiva, los «gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas, para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos por aquéllos referentes a este Tramo B del PRE17472», tratándose de «dádivas de favor extracontractuales, como regalos, viajes, estancias hoteleras y operaciones de cirugía estética», en el caso de que fuesen funcionarios o autoridades nacionales y se tratase de un contrato con la Administración nacional colmarían el art. 424 CP. Por todo ello debemos también desestimar este recurso al no considerar que exista infracción legal alguna.

### **TERCERO. - RECURSO DE Gerardo . MOTIVOS DE RECURSO E IMPUGNACIÓN AL MISMO.**

Vamos a ocuparnos del recurso interpuesto por Gerardo, el cual lo articula sobre la base de tres motivos, el primero al amparo del art. 790.2 LECrm, por haber incurrido el órgano sentenciador en error en la apreciación de la prueba practicada en relación con los hechos considerados como probados por la Sentencia recurrida. El Segundo al amparo del art. 790.2 LECrm, por haber incurrido el órgano sentenciador en la infracción del art. 445 CP en su aplicación sobre los hechos declarados probados y tercero al amparo del art. 790.2 LECrm, por haber incurrido el órgano sentenciador en el quebrantamiento de las normas y garantías procesales contenidas en los arts. 324 y 779.1.4 LECrm.

#### **3.1 Motivo número tres .**

Vamos a comenzar como bien insinúa el Ministerio Fiscal siguiendo el orden previsto en el art. 790.2 de la LCRIM por el quebrantamiento de las normas y garantías procesales. Alega el apelante que el Auto de 01.10.2018 en el que se acordó la toma de declaración de D. Gerardo y de la mercantil Aresa Marine S.L., fue dictado 16 meses después de la finalización del plazo de instrucción ex art. 324 LECrm, resultando dicho llamamiento al proceso nulo al haberse prestado fuera del plazo legalmente establecido por el legislador y, en consecuencia y desde la anterior nulidad, sólo caber la absoluciónde D. Gerardo y de Aresa Marine S.L. por fijar el art. 779.1.4 LECrm que el auto de transformación sólo puede adoptarse habiendo tomado declaración a quién se pretenda que figure en él en los términos del art. 775 LECrm. Para ello expone el iter procesal del presente procedimiento.

Comienza la parte recordando que el presente procedimiento procede de las diligencias previas 65/2014 seguidas ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5, en el marco de las cuales se dictó auto 22.06.2015 acordando formar una pieza separada documental (Documental DEFEX requerimiento 3.06.15), pieza en la que se dictó Auto de 9.12.2015 que acordó formar las Diligencias Previas 122/2015 que nos ocupan, así como el secreto de las actuaciones, siendo en ese momento de aplicación las previsiones del art. 324 LECrm. que la Ley 41/2015 incorporó y que, salvo declaración de complejidad ( art. 324.1 LECrm en su redacción dada por la Ley 41/2015) marcaban el plazo de seis meses de duración máxima de la instrucción salvo declaración de complejidad, lo que nunca ha sucedido. Por auto de 9.12.2015 se acordó la declaración de secreto de las diligencias previas 122/2015. El 16.06.2016 fue dictado auto en las diligencias previas 122/2015 que acordó el alzamiento parcial del secreto de las actuaciones, permitiendo el acceso a las partes personadas a ciertas diligencias de investigación, al igual que se acordó en el Auto de 4 de noviembre de 2016 respecto a otras diligencias. El 7.11.2016 fue dictado auto en las diligencias previas 122/2015, acordando la formación de Piezas Separadas por los distintos hechos que las diligencias previas acumulaban, en concreto: Pieza separada de Camerún, Pieza separada de Arabia Saudí, Pieza separada de Egipto y Pieza separada de Brasil.

Las piezas se encabezaron con el testimonio del auto y se compusieron en un inicio por los particulares de las diligencias previas 122/2015 referentes a cada país. Sostiene la apelante que, en la pieza de Camerún, ni en ninguna de las otras piezas (formadas conforme al art. 761.6 LECrm) distinta de la de Camerún, había diligencia alguna afectada por el secreto pendiente de acordarse o de practicarse que estuviera relacionada





con el objeto de la pieza separada de Camerún. Formada esta Pieza Separada de Camerún el 7.11.2016, en el seno de esta y ya desde el Tomo 1 (de los 10 Tomos y los 640 acontecimientos que la componen), se acordó la práctica de múltiples diligencias de instrucción hasta el dictado en el seno de esta, el 28.01.2019, del auto de transformación aplicando las previsiones del art. 779.1.4 LECrm sobre a D. Gerardo y Aresa Marine.

La apelante alega que desglosada la Pieza Separada de Camerún de la Pieza Original, teniendo la Pieza Separada investigados propios y sin que existiera elemento alguno del sumario secreto para las partes ni limitación para la intervención en las diligencias acordadas, no existió declaración de complejidad de las actuaciones de acuerdo con las previsiones del art. 324.1 2ºpar LECrm (en su redacción dada por la Ley 41/2015), no existió declaración de prórroga de las actuaciones de acuerdo con las previsiones del art. 324.1 2ºpar LECrm (en su redacción dada por la Ley 41/2015 o 2/2020). Por ello, concluye la parte apelante que incoada la pieza objeto de enjuiciamiento que nos ocupa el 7.11.2016 sin declaración de complejidad o prórroga, la misma alcanzó el plazo de seis meses previsto en el art. 324.1 LECrm el 7.05.2017. Prosigue puntualizando que, entre las diligencias acordadas en la Pieza Separada de Camerún desde su incoación hasta el dictado del auto de transformación, se encontró el acuerdo de toma de declaración de D. Gerardo y Aresa Marine adoptado mediante auto de 1.10.2018, un año y cinco meses después de alcanzarse el plazo de seis meses previsto en el art. 324.1 LECrm.

A continuación nos recuerda que las nuevas piezas constituyen verdaderas nuevas diligencias previas autónomas con plenitud de garantías y derechos procesales (o no podrían ser consideradas piezas separadas ex art. 762.6 LECrm), y que en la que aquí nos interesa no se acordó secreto de actuaciones alguno en dicha pieza separada, ni el alzamiento parcial del mismo (cuando el fundamento de la formación de estas piezas separadas por países fue porque "favorece el derecho de defensa de las personas físicas y jurídicas investigadas, y las que puedan resultar imputadas conforme se va desarrollando la investigación, al ordenar y facilitar el acceso a aquella parte de los elementos de la investigación que le afectan y por la que resulta su imputación en este procedimiento"). Por ello entiende que en la pieza separada de Camerún que, de acuerdo con el art. 762.6 LECrm, poseía la independencia necesaria para poder constituirse como tal y la independencia material expuesta, Debían regir desde su constitución y en plenitud, las garantías y derechos procesales de las personas encausadas previstos por la legislación procesal penal, entre ellos el art. 324 LECrm., no se dictó, antes de la resolución referida en el art. 779.1.4 LECrm, ningún auto que se pronunciara sobre el art. 324 LECrm, su complejidad o su prórroga y por ello la pieza objeto de enjuiciamiento que nos ocupa incoada el 7.11.2016 sin declaración de complejidad o prórroga, alcanzó el plazo de seis meses previsto en el art. 324.1 LECrm el 7.05.2017.

Alcanzada dicha fecha, no se había acordado la toma de declaración de D. Gerardo y de Aresa Marine, lo que no se produjo hasta el 1.10.2018, un año y cinco meses después de alcanzarse el plazo de seis meses previsto en el art. 324.1 LECrm. Y entiende que constituyendo el plazo para la práctica de diligencias en fase de instrucción un límite infranqueable, la toma de declaración de D. Gerardo y de Aresa acordadas un año y cinco meses después de espirado el plazo del art. 324 LEC son nulas sin posibilidad de subsanación. 775 LECrm) antes del dictado de la resolución del art. 779.1.4 LECrm, la misma resulta, a su vez, una resolución contraria a la legalidad procesal.

El Ministerio Fiscal impugna este motivo alegando en primer lugar que se trata de una cuestión procesal denunciada por primera vez por el apelante en este recurso, ya que no fue denunciada por esa parte procesal en el trámite de cuestiones previas, aunque sí fue alegada por otros acusados, y resuelta en Sentencia. Pero ello no obliga a esta Sala pronunciarse sobre la alegada vulneración en tanto en cuanto se trata de normas de orden público y por ello de obligado cumplimiento y observancia. En segundo lugar, alega que la Pieza Separada Camerún, junto con la de Arabia Saudí, Egipto y Brasil, fue incoada por Auto de fecha 07.11.2016 del Juzgado Central de Instrucción sean unas Diligencias Previas autónomas e independientes de las Diligencias Previas nº 122/2015, sino que se trata de una pieza intrínsecamente unida al procedimiento principal y a las piezas separadas dimanantes, y muy especialmente a la pieza separada de comisiones rogatorias que es común a todas ellas. Por lo que la instrucción de este procedimiento ha estado afecta al régimen de los plazos instructorios del artículo 324 LECrim conforme a la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que establecía plazos de instrucción de seis meses prorrogables, y que acordaba la interrupción de los referidos plazos «a) en caso de acordarse el secreto de las actuaciones, durante la actuación del mismo y b) en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de la causa», situación procesal que ha concurrido en esta instrucción en relación al secreto de sumario de distintas partes de sumario y piezas separadas hasta que recayó el Auto de fecha 04.10.2018 del Juzgado Central de Instrucción, por el que se acordó el levantamiento total del secreto de las actuaciones, concluyendo la instrucción de esta Pieza Separada Camerún por Auto de fecha 28.01.2019 de transformación en Procedimiento Abreviado.



Con carácter general debemos entender que las piezas separadas que se dictan en aplicación de lo dispuesto en el art 762. 6 LCRIM tienen plena independencia entre sí y plena autonomía procesal, porque así lo establece el propio precepto, "Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los encausados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento"; resulta reveladora la voluntad del legislador cuando utiliza la expresión en relación a enjuiciar delitos conexos "elementos para hacerlo con independencia"; esto es, el fin de la formación de una pieza separada es el enjuiciamiento separado, y no cabe duda que las piezas separadas nacen de un tronco común y tienen una relación con el mismo absolutamente necesaria en tanto en cuanto hasta que se forma la pieza separada comparte plenamente todas las actuaciones.

Citemos en este sentido lo aseverado por la STS Sala Segunda 48/2002 de 20 de enero " *La formación de pieza separada, con cobertura en lo dispuesto en el art. 762.6ª LECrim ., no deja de ser una causa penal propia, susceptible de un tratamiento procesal autónomo, que tiene opción de abrir el juez de instrucción para la práctica de diligencias respecto de distintos encausados, cuando existan elementos para enjuiciarlos con independencia de otros, a los efectos de simplificar y activar el procedimiento principal, proporcionando un mejor control de las actuaciones y no entorpeciendo el curso de la principal, lo que no obsta para que, en función del curso y resultado de las mismas, se puedan luego reincorporar a la causa principal Por ello la pieza separada una vez conformada goza de esta plena autonomía que por ejemplo determina que los plazos establecidos en el art 324 tengan un die a quo diferente de la pieza principal y de otras piezas; esa intrínseca unión al procedimiento principal del cual dimana no las hace tributarias del mismo , y no cabe duda de la interrelación existente entre las mismas puede llegar al punto que como admite esta última sentencia puedan llegar a unirse de nuevo". Esta misma sentencia prosigue diciéndonos que "La Circular de la FGE 5/2015 sobre los plazos máximos de instrucción, hecha pública tras la reforma del art. 324 LECrim . por Ley 4/2015, aborda la problemática que plantea la determinación del dies a quo, en los casos de inhibiciones y acumulaciones, y, en particular, por lo que a éstas se refiere, en que pudieran concurrir varios autos de incoación de fechas distintas, pone el acento en la circunstancia de la autonomía de cada una de las causas en que se despliegue una investigación propia; por ello, como hemos visto, es problemática que se planteó ante el TC, y en la que el M.F., en línea con la Circular, entendía que el momento inicial del cómputo no debía ser el de incoación de las iniciales Diligencias Previas, sino el de incoación de las que se desglosaron de ellas, pues, como se argumenta en la Circular "si existen varios autos de incoación de diligencias, el que marcará el inicio del cómputo de los plazos del art. 324 será precisamente el auto de incoación de las últimas diligencias iniciadas, y ello por razones de estricta lógica: por un lado, si tales diligencias no se hubieran acumulado, estarían sometidas a los plazos generales del art. 324 LECrim en toda su amplitud; por el otro, de quedar vinculadas a un plazo marcado por unas diligencias más antiguas podría llegarse al absurdo de que una vez acumuladas, no se disponga de plazo alguno para la instrucción, por haber quedado éste ya agotado". Argumento sobre el que vuelve la Circular 1/2021, también sobre los plazos de investigación del art. 324, reformado por Ley 2/2020 , que se reitera, expresamente, en el mismo criterio, tratándose de acumulaciones "ya que las mismas versarán sobre hechos o sujetos distintos, que en principio podrían haberse instruido en causas separadas"*

No debemos confundir estas las piezas separadas previstas en el art 762.6 de la LECRim, con otro tipo de piezas instrumentales que sirven para ordenar el procedimiento desde un punto de vista metodológico, por ejemplo las piezas donde se une el resultado de todas las comisiones rogatorias, o cierta documentación de igual naturaleza obtenida en tiempos diferentes o las piezas de responsabilidad personal o responsabilidad civil, las cuales no tienen ningún tipo de autonomía de las principales, siendo tan solo un modo de ordenar materialmente el procedimiento.

Ahora bien, vamos a quedarnos con la acertada expresión de la sentencia anterior en el sentido de que las piezas separadas son susceptibles de un tratamiento procesal autónomo y que ofrecen la opción de abrir las mismas para la práctica de diligencias respecto de distintos encausados, cuando existan elementos para enjuiciarlos con independencia de otros, a los efectos de simplificar y activar el procedimiento principal, proporcionando un mejor control de las actuaciones y no entorpeciendo el curso de la principal. Esta es la regla general y la actuación más regular, más en el presente caso se dan unas especialidades que hacen que estemos ante unas piezas separadas formadas con ciertas especialidades que determinan con otro tipo de efectos.

Recordemos que el Juez de Instrucción por auto de fecha 9 de diciembre desglosa de las Diligencias previas nº 65/2014 el contenido de la pieza separada Sereta "Documental DEFEX", e incoa unas diligencias previas nuevas nº 122/2015, y en cuyo auto dice " de esta forma, resulta razonable la incoación de un procedimiento judicial distinto a las diligencias Previas nº 65/2014". En estas diligencias previas es donde el 7 de noviembre de 2016 acuerda formar "en este procedimiento de diligencias Previas nº 122/15 piezas separadas por países que se denominaran." y en el meritado auto ofrece dos objetivos con tal resolución, por un lado, ordenar la cuantiosa



documentación y por otro favorecer el derecho de defensa de las personas físicas y jurídicas investigadas, y las que (como es el caso) puedan resultar imputadas en el futuro.

Con el testimonio de esta resolución principia la pieza separada denominada Camerún y a renglón seguido se dicta una diligencia de ordenación del LAJ en el que se testimonian los particulares de la causa 122/2015 respecto a los que se ha acordado el levantamiento del secreto, quedando pendiente de testimoniar la totalidad de los tomos en lo que no se levanta el secreto de actuaciones. A partir de ese momento se tramita esta pieza con cierta pero no plena autonomía procesal, en tanto en cuanto a juicio del juez quedaba afectada por el secreto de actuaciones que se acordaba y prorrogaba en la pieza principal 122/15 en relación con las actuaciones que seguían secretas, y que no se habían testimoniado y aportado a la pieza separada. Tal es así, que en la pieza principal se dictaron todos los autos de prórroga del decreto sumarial hasta que en el 4 de octubre de 2018 se levanta el secreto de la totalidad de las actuaciones que componen el presente procedimiento, y no se ordena llevar testimonio a la pieza separada, sino que se pone a disposición de las partes a través de la plataforma CLOUD, ratificando que esta autonomía procesal no era plena.

Podemos inferir que hasta ese momento a pesar de haber formado la pieza separada se consideró que la autonomía procesal antes predicada era parcial de tal suerte que seguía dependiendo de la causa principal en lo que se refería a la declaración del secreto y al acceso a las actuaciones secretas que más tarde fueron puestas a disposición de las partes sin necesidad de llevar testimonio a la pieza separada; las diligencias que se practicaban en la pieza separada no están afectadas por secreto alguno. El 13 de septiembre de 2018 el Ministerio Fiscal pide que se tome declaración como investigados al recurrente y a la persona jurídica Aresa entre otros, y esto es acordado por auto de fecha 1 de octubre de 2018; el ocho de octubre de 2018 el recurrente se persona en la pieza separada solicitando un aplazamiento de la declaración al no haber tenido tiempo para estudiar toda la documentación y aun así presta declaración el 1 de octubre de 2018.

De todo ello se destaca que efectivamente la tramitación de la pieza separada se hizo de una forma que por sí misma sigue determinando la unidad procesal del procedimiento 122/2015 hasta el momento en el que se levantó el secreto sumarial, y a partir de ese momento ya operó como una pieza realmente separada con plena autonomía procesal, hasta el punto de que la pieza principal fue archivada por falta de objeto procesal.

Sobre esta base argumentativa y a pesar de las objeciones que se han puesto de manifiesto resulta coherente entender que la pieza de Camerún también estaba afectada por el secreto sumarial de tal modo que resulta de aplicación lo previsto en el art 324 3 a) de la LECRIM, estando pues interrumpido el plazo previsto en el citado artículo como límite a la práctica de diligencias de investigación y por ello las declaraciones del recurrente y de la entidad ARESA fueron practicadas dentro del plazo que a tal efecto existía en aquel momento, y no se puede acceder a lo solicitado por el recurrente.

En todo caso de haber operado el plazo previsto en el art 324 y de tener razón la recurrente, sus efectos no tendrían por qué determinar la imposibilidad de su enjuiciamiento y condena. El legislador de 2015 y también el de 2010 parece haber querido fijar un plazo propio para la práctica de diligencias de investigación en la fase de instrucción y enmarcar en él el trámite instructor condicionando la validez de las diligencias practicadas a que se lleven a efecto en ese plazo, y siendo inválidas las ejecutadas fuera de él, salvo las denominadas diligencias rezagadas del actual art. 324.2 LECRIM, a que más que de preclusión, se trata de evitar la inactividad procesal. El legislador con la Ley 2/2020, de 27 de julio ha resuelto las dudas interpretativas que existían en torno a las consecuencias de la práctica de diligencias fuera del plazo marcado por la Ley, que ahora ubica en doce meses, cual es la nulidad; la no validez de estas diligencias, dice el precepto, y que la misma suerte debían correr las diligencias practicadas fuera de plazo antes de esta reforma, y por ello el plazo fijado para practicar diligencias en fase de instrucción no es de carácter «voluntarista», o subsanable, es de obligado cumplimiento y no hay cabida a la subsanación de ese límite infranqueable.

El posicionamiento del TS respecto del incumplimiento de los plazos legales de instrucción sin acordar las prórrogas correspondientes ha ido evolucionando y depende mucho de las circunstancias del caso en cuestión, si bien también ha dejado claro que el art. 324 LECRIM no crea una nueva causa de extinción de la responsabilidad penal; su infracción solo delimita que se remite al art. 324.4 LECRIM que señala que Transcurrido el plazo máximo o sus prórrogas, el instructor dictará auto de conclusión del sumario o, en el procedimiento abreviado, la resolución que proceda». Parece que, si las diligencias de investigación practicadas fuera del plazo imperativo son sustanciales para formular acusación o para el acervo probatorio la consecuencia será que, decretada su nulidad, el procedimiento estará abocado bien al sobreseimiento bien a la libre absolución, de ahí la importancia en fase de instrucción del cumplimiento de las previsiones legales previstas en el art. 324 LECrim

En la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Supremo ha ido estableciendo un corpus doctrinal con ciertos matices. Un primer pronunciamiento clave se dio en la STS 62/2017 (Sala 5ª), de 18 de mayo, que optó por considerar



que esta clase de diligencias son nulas. La STS 470/2017, de 22 de junio sí parecía establecer cierta conexión entre el establecimiento de plazos de instrucción y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pues pronosticaba «el reducido alcance de la atenuación de dilaciones indebidas a partir de la vigencia del art. 324 de la Ley procesal», aunque respecto de los efectos del transcurso del plazo, solamente se indicaba que «transcurridos dichos plazos no pueden practicarse más diligencias de prueba, sin perjuicio de incorporar a la causa las acordadas con anterioridad al transcurso del plazo», sin indicar en qué consistía el régimen de invalidez. La STS 214/2018, de 8 de mayo, con cita de la sentencia anterior, sí añadía que las actuaciones acordadas con posterioridad al vencimiento del plazo de instrucción son actuaciones procesales no válidas, aunque, nuevamente, sin precisar las consecuencias de la invalidez. La STS 368/2018, de 18 de julio (Sala de lo Penal), ya citada, de forma breve, desconectaba los plazos del artículo 324 de la LECrim de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas (y, en consecuencia, del derecho fundamental que tutela) y añadía de forma lacónica que el trascurso del plazo de instrucción de seis meses no implica nulidad. La STS 455/2021, de 27 de mayo se pronunció sobre el sistema de plazos establecido en el artículo 324. La sentencia comenzaba enunciando que el establecimiento de plazos de instrucción es una opción legislativa, y que debe ser observada, una norma procesal que debe ser respetada, en línea con otras resoluciones que ya se han mencionado. La sentencia indica que el Legislador ha pretendido fijar un plazo de «movilidad práctica temporal de diligencias» en instrucción, donde el Ministerio Fiscal ejerza una función de agilización y fiscalización de la labor del instructor, con una actuación proactiva para evitar paralizaciones. Este plazo, reitera, es de obligado cumplimiento, no voluntarista o subsanable y su incumplimiento implica que las diligencias no son válidas. Concibe el plazo, tal y como se hacía referencia en la exposición de motivos de la Ley 41/2015, como un «límite infranqueable» a la labor instructora, cuya trasgresión no puede ser subsanada. La sentencia equipara el régimen de invalidez previsto en el artículo 324 de la LECrim a una plena nulidad de la diligencia acordada fuera de plazo, que arrastra todo lo que, de dicha diligencia, se derive. En este pronunciamiento el Tribunal Supremo entendió que, en el fondo, lo que subyace es la garantía de la proscripción de indefensión, del derecho de defensa, que se vulnera cuando se acuerda la práctica de diligencias fuera del plazo de instrucción. Indicó que el material probatorio así obtenido es «altamente improcedente» y está basado en una actuación «contra legem».

Como puede verse, el Tribunal Supremo va concretando una interpretación acerca de los plazos previstos en el artículo 324 de la LECrim. En todo caso se trata de plazos de obligado cumplimiento, aunque la postura del Tribunal Supremo ante una eventual trasgresión de dichos plazos ha tenido varios matices. En algunas resoluciones se ha pronunciado de forma breve descartando la nulidad. En otras, de forma más contundente, sí ha señalado que se produce una nulidad de pleno derecho, por vulneración de derechos fundamentales sustantivos cuando se excede el plazo de instrucción. Sin embargo, la última de las sentencias analizadas opta por un régimen de anulabilidad y considera que las pruebas obtenidas con infracción del plazo tienen carácter irregular porque no afectan a derechos fundamentales sustantivos.

La especialidad que concurre en el presente caso es que de ser cierta la tesis de la parte recurrente la diligencia que podría estar afectada de las consecuencias invalidantes sería su propia declaración como investigado, la cual es tratada en la reciente sentencia 176/2023 de 13 de marzo en la que precisamente se aborda la expiración del plazo de investigación, sin que se hubiera practicado previamente la declaración de personas investigadas en la causa y aunque no se opone radicalmente, ante la naturaleza debida de tal diligencia, a su práctica en el ínterin entre la expiración del plazo y el dictado de la resolución procedente de impulso procesal, constata cómo en tales circunstancias podría llegar a cercenarse el derecho de defensa, en su variante del derecho del investigado a ser oído en sede de instrucción. La Circular de la Fiscalía de la fiscalía general del Estado 1/2021 basándose en el ATC, Pleno, 5/2019, de 9 de enero, admite la posibilidad de su práctica extemporánea, habida cuenta que la declaración del investigado tiene esa doble condición de diligencia de investigación y garantía para el investigado. La STS 176/2023 al igual que sucede en el ATC 5/2019, el Tribunal Supremo huye de la consideración de la norma procesal que impone la previa declaración del investigado anterior al cierre de la investigación, derivando la solución a la controversia cuestionando si tal circunstancia habría afectado o no al ejercicio del derecho de defensa de aquél a quien se le tomara declaración una vez expirado el plazo de instrucción; y con más razón, en una causa distinta nacida para eludir la devastadora consecuencia de un anterior archivo decretado precisamente por dicha razón.

En este sentido, recalcará que lo que prohíbe el art. 24 CE es que el inculpado llegue a no tener participación en la tramitación de las diligencias de investigación o que la acusación se fragüe a sus espaldas, sin haber tenido conocimiento alguno de ellas. Muchas dudas se ciernen sobre la declaración de investigado de forma extemporánea, mas este último extremo apuntado por el Tribunal Supremo es esencial, tal cual es que se haya producido una indefensión material del investigador y en el presente caso esto no ha sido alegado ni acreditado. Por todo ello se debe desestimar este motivo de recurso.

### **3.2.- Motivo número 1.-**





Entrando en segundo lugar en el estudio del primero de los motivos articulados por el apelante, haber incurrido el órgano sentenciador en error en la apreciación de la prueba practicada en relación con los hechos considerados como probados por la Sentencia. En su escrito destaca la parquedad en la valoración racional de la prueba probados, mostrar el contenido material de la prueba practicada en el juicio oral y que en relación con D. Gerardo , permiten descartar cualquier intervención del mismo asociado a la consecución de contrato alguno con la República de Camerún y cualquier intervención distinta al cumplimiento y ejecución de los términos contractuales asumidos por la mercantil Aresa Marine. Para ello la apelante hace su propia valoración de la prueba, y ello desde os ámbitos distintos, los elementos definitorios de la actividad contractual de D. Gerardo y Aresa Marine y, por otro, la intervención de D. Gerardo y Aresa Marine en lo que la Sentencia considera hechos relacionados con funcionarios de la República de Camerún.

Pare ello articula en principio dos declaraciones generales, ni D. Gerardo ni Aresa Marine intervinieron de ninguna forma en las anteriores relaciones mantenidas entre DEFEX y la República de Camerún, y ni D. Gerardo ni Aresa Marine intervinieron de forma alguna en las relaciones entre DEFEX y la República de Camerún, que se maduraron durante 2009 y 2010 hasta la firma de ese acuerdo marco el 18.11.2010. De nuevo, ni D. Gerardo ni Aresa Marine S.L. intervinieron de ninguna forma en las negociaciones entre DEFEX y la República de Camerún que culminaron en esos términos de su acuerdo específico, no recogiendo las estipulaciones de la misma obligación alguna de D. Gerardo o de Aresa Marine S.L. con la República de Camerún y no interviniendo los mismos en el mencionado documento de septiembre de 2011.

Concretamente y en cuanto al envío en contenedores de materiales complementarios a los contractualmente fijados y los gastos asociados a la estancia de funcionarios de la República de Camerún en España, niega cualquier tipo de ilegalidad o irregularidad , de tal suerte que siempre que DEFEX solicitó durante la ejecución de su contrato a Aresa Marine que incorporara a los contenedores por él fletados y pagados materiales o herramientas distintas y complementarias a las contractualmente acordadas, dichos materiales/herramientas fueron siempre facturados y desglosados de forma específica a DEFEX de forma complementaria a la facturación asociada al contrato firmado. La recurrente defiende la regularidad de la compra del compresor y del generador aun fuera de lo pactado en el contrato que unía a su empresa y a la que representaba el otro condenado, así como el resto de material al que se refiere la sentencia, el cual si formaba parte de lo pactado contractualmente; por otro lado ofrece una diferente interpretación respecto al contenido de los correos de los que ya se ha hecho extensa cita en el anterior fundamento jurídico anterior: Las cautelas a adoptar con respecto al contenido de los contenedores, su orden interno y las aduanas nada tienen que ver con la ocultación de los envíos del compresor de aire industrial los envíos de los contenedores se aprovechaban a su vez para enviar los muebles, camas, sillas, etc. de la delegación de los 11 trabajadores de Aresa Marine que se desplazaron a Camerún para poner en marcha la oficina técnica de mantenimiento y reparación de la base naval (para lo que el 8.11.2012 se alquilaron dos apartamentos de 2 y 3 habitaciones sin amueblar entre diciembre de 2012 y diciembre de 201346) y que no se deseaba que tuvieran que pagar aranceles aduaneros; de ahí que se señalara que los mismos figuraran al fondo del contenedor. Por último, y en relación con los gastos de los de funcionarios cameruneses en España a asumir por Aresa Marine formaba parte de las previsiones contractuales del contrato entre DEFEX y Aresa Marine, en el que se detallaba con claridad que gastos asumía la una y la otra; finalmente, que se dice que todo aquello excedido de lo contractualmente pactado fue reclamado a DEFEX

En definitiva, concluye que se dio un estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales de Aresa Marine con la mercantil DEFEX, la inexistencia de aplicación de recurso alguno de Aresa Marine en la ejecución del contrato distinto a los contractualmente comprometidos, y el abono por DEFEX, o en cualquier material o herramienta finalmente proveído complementario a los contractualmente pactados, que siempre fue solicitado por DEFEX, o de cualquier gasto de estancia en España y cobertura de servicio médico finalmente proveído complementario a los contractualmente pactados, que siempre fue solicitado por DEFEX. Así como la inexistencia de intervención de Aresa Marine ni de D. Gerardo en la consecución de los contratos marco ni de los específicos entre DEFEX y la República de Camerún y la inexistencia de intervención de Aresa Marine ni de D. Gerardo en la conservación de los contratos marco ni de los específicos entre DEFEX y la República de Camerún.

El Ministerio Fiscal impugna el recurso alegando que no se ha podido encontrar qué prueba considera el apelante que ha sido valorada de forma errónea por el Tribunal de instancia. Por otro lado, el apelante en su recurso de apelación no propone prueba o reproducción de la grabada para la segunda instancia, por lo que debería tratarse de error en la valoración de algún documento que obre en el procedimiento para salvar el principio de inmediación del Tribunal, y tampoco determina el documento o documentos que el Tribunal a quo valora o no valora erróneamente. El Ministerio Fiscal hace un resumen de la prueba practicada en la misma línea que la sentencia recurrida y que se corresponde prácticamente con lo alegado en el fundamento anterior en relación con el otro acusado. Y que recordemos decía que "Por último, la prueba practicada incluyó la



declaración de los acusados, prueba personal que fue valorada por el Tribunal, y que consta en la Sentencia «El acusado, Sr. Fermín, no negó la realidad de los correos arriba transcritos y referenciados, hallados al analizar su ordenador, ni el resultado del análisis de la documentación contable aportada; pero, a criterio del Tribunal, sin que ni aquél ni el también acusado, Sr. Gerardo, pese a negar ambos haber cometido ese delito, dieran explicación satisfactoria alguna que desvirtuara el obvio contenido e intencionalidad de tales correos. Por ello, se ha tenido a ambos acusados como coautores del expresado delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, pues la prueba practicada evidencia y acredita la actuación conjunta de éstos, organización de común acuerdo y en beneficio de las mercantiles DEFEX y Aresa la entrega de dádivas y pago de servicios a Autoridades de Camerún y personas allegadas, en el ámbito del Tramo B del contrato PRE174 (Camerún Sistemas Vigilancia Costera), subcontratado a Aresa Marine, S.L., para consolidar la obtención del contrato y mantener el encargo efectuado por las Autoridades de Camerún.28».3.-

Los Hechos Probados de la Sentencia se encuentran soportados por numerosa documental, principalmente, correos electrónicos, contratos, facturas, documentación bancaria nacional y extranjera, documentación aportada por la mercantil DEFEX en soporte papel y digital<sup>30</sup> a requerimiento judicial sobre las operaciones comerciales con Camerún, identificadas como PRE97, PRE126, PRE174, PRE177 y PRE204, en soportes digitales contables y financieros, que incluye la forma y ejecución de la contratación con el Gobierno camerunés, incluida la subcontratación con las empresas españolas como ARESA MARINE SL para el Tramo B/Vector Naval, así como la ejecución de las operaciones comerciales a través de los proveedores, ingresos y gastos justificados y no justificados, entre éstos últimos se encuentran las dádivas apreciadas por el Tribunal de instancia.

Sostiene que el Fiscal que el recurrente aprovecha este motivo para realizar una selección de los Hechos Probados y atribuirles una explicación interesada, la cual no permite desvirtuar el hecho probado que determina acreditado que en el ámbito del contrato que tantas veces se ha definido y puestos de común acuerdo entre sí, Fermín, actuando como representante de DEFEX, y Gerardo, actuando en nombre y en beneficio de la subcontratista Aresa Marine, S.L., pagaron distintos gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas, para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos por aquéllos referentes a este Tramo B del PEE174.

Es sumamente importante el argumento esgrimido por el Ministerio Fiscal consistente en que cuando en el recurso de apelación "refiere los gastos de favor o dádivas, como el "compresor de aire", "generador eléctrico", "otros materiales y herramientas industriales", llega a aceptar que se trata de gastos «extracontractuales», y que fueron sufragados por «la empresa pública DEFEX como contratista principal», «con cargo a la facturación emitida por Aresa a debe», para seguidamente aportar una explicación exculpatoria, como que eran solicitudes de la mercantil pública DEFEX, facturadas y pagadas por la empresa pública, «una conducta absolutamente normal en el uso operativo y comercial de su actividad mercantil». Esta alegación exculpatoria no se corresponde con la documental obrante en el procedimiento, especialmente, los correos electrónicos transcritos en las páginas 15 a 17 de la Sentencia de instancia, de fecha 18.10.2012<sup>35</sup>, 23.10.2012<sup>36</sup>, 15.01.2013<sup>37</sup> y 31.01.2013<sup>38</sup>, y el resto de la documental como la Adenda nº 2 al contrato del Tramo B/ Sector Naval del PRE174 de 12.09.2011 entre la mercantil DEFEX y el Gobierno camerunés. En la Sentencia consta que «previamente a dicha segunda adenda, firmada el 7 de enero de 2013, el Jefe del Proyecto, el Contralmirante camerunés Agapito, y Fermín, resolviesen la problemática de los motores de las embarcaciones directamente, sin intervención de ninguna de las sociedades de Teodosio», «el Contralmirante Agapito, Jefe de Proyecto de los contratos comprendidos en el expediente PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera, con capacidad para redactar los contratos del Ministerio de Defensa de Camerún, fue beneficiario de dádivas de favor extracontractuales, como regalos viajes, estancia hoteleras y operaciones de cirugía estética para su esposa Estela, sufragados por la empresa pública Defex como contratista principal.40».

Así en relación con el Tramo B/Vector Naval, respetando los Hechos Probados de la Sentencia, se incluyen tres adendas que modificaron el contrato original de fecha 12.09.2011 entre la mercantil DEFEX y el Gobierno camerunés, las cuales fueron trasladadas a la subcontratista ARESA MARINE. La primera adenda de 11.09.2012 incluyó la construcción de una grúa pórtico, que no llegó a ser ejecutada, a pesar de formar parte de los compromisos contractuales con el Gobierno camerunés, y que condicionó el mantenimiento o ejecución del contrato. En la Sentencia de instancia consta que todas las «operaciones comerciales arriba reseñadas se ejecutaron completamente (con la única salvedad de la instalación de la grúa pórtico)». La segunda adenda de 07.01.2013 incluyó un cambio en los motores de las embarcaciones como consecuencia de la problemática que afectaba a ese contrato y su mantenimiento o ejecución, una vez que el constructor japonés de los motores YAMAHA rehusaba su exportación por razones de inadaptabilidad, y que se materializó en la Adenda nº 2 de fecha 07.01.2013. En cuanto a la forma en que se acordó la Adenda nº 2 al Tramo B/Sector Naval del PRE174 que afectaba a la mercantil ARESA MARINE SL, consta en los Hechos Probados que en «un correo electrónico



de fecha 6-11-2012 enviado por el Contralmirante Agapito , DIRECCION000 , a Fermín , asunto: "Motores Yamaha lanchas Aresa", aquel le requirió para confirmarse el pedido de los nuevos motores, comprometiéndose personalmente a obtener una carta de confirmación firmada por el Ministro para la firma de la Adenda nº 2 al referido contrato, y dando incluso las instrucciones precisas para la redacción de la adenda, en el sentido de tener que «rehacerla más corta y sencilla para que no dé la impresión de un contrato completamente rehecho», y así permitir la firme directa del Ministro, sin necesidad de que fuese enviado a la Presidencia de la República de Camerún. En ese mismo correo, el Contralmirante Agapito también dio instrucciones sobre la redacción de las facturas y el contrato: "Así, nosotros (Defex, Aresa y yo) estamos al tanto exactamente de los que se debe hacer y sabremos siempre como gestionar las eventuales dificultades que pueda surgir (nunca se está a salvo al 100%". Posteriormente, el 14- 11-2012 el Contralmirante Agapito envió directamente a Fermín el Proyecto de Adenda nº 2 con la modificación de la motorización42». El correo electrónico de fecha 06.11.201243 pone de manifiesto de forma explícita la capacidad del Contralmirante Agapito para tomar decisiones sobre el contrato relacionado con el Tramo B, Vector Naval, y que afectó al otorgamiento y ejecución de éste. Este hecho está incluido en las Conclusiones Definitivas del Ministerio Fiscal (páginas 108 y 109).

Este elenco de incidencias en la ejecución del contrato Tramo B/Vector Naval del PRE174 forman parte de la documental valorada por el Tribunal de instancia, como actuaciones de mantenimiento del contrato en respuesta a los «gastos de favor o dádivas» aunque el precepto de corrupción internacional del art. 445 CP, al igual que el art. 286 ter CP, no requiere para su consumación la efectiva consecución o mantenimiento de un contrato, al tipificar «Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase, corrompiere o intentare corromper» al funcionario público extranjero «con el fin de que actúe o se abstenga de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales».

La relación con los hechos del anterior condenado ya se ha valorado y en este caso corresponde estudiar la valoración que de la prueba se hace en relación con el recurrente que ha de ser muy similar a la ya desarrollada en el fundamento anterior. Como elemento básico para acreditar el concierto de los condenados sobre el fin criminal buscado en relación con las dádivas a funcionarios cameruneses, se erige como muy significativo el correo electrónico de 21.05.201348, enviado por una empleada de la empresa pública DEFEX, a una empleada de ARESA INTERNACIONAL, con copia a Fermín , en contestación al correo de ARESA de igual fecha, donde la primera imparte instrucciones sobre la forma de facturar a DEFEX los gastos médicos del Almirante Carlos y su acompañante, por importe de 2.025,09 € del albarán nº NUM010 , y de las mercancías - "máquina de ladrillos, cafetera, etc."- con destino al Contralmirante Agapito , por importe de 16.680 € más IVA del albarán nº NUM011 , importes que no debían ser desglosados en las facturas y que tenían que ser incluidos como, "Delegación Marina Camerún a Barcelona para la recepción de las embarcaciones RIB 12", y "Equipamiento de taller solicitado por la Marina Camerunesa", importes que son asumidos por la empresa pública.(...) A su vez, el 14.02.201352 la empresa pública DEFEX SA abonó a ARESA el importe de 60.209,32 € por las facturas nº 20 y nº 21 de ARESA, que habían sido contabilizadas en la empresa pública como "Otras facturas"53, por las compras de un generador y de un compresor para el Contralmirante Agapito , y por los gastos de tratamiento de cirugía estética para Estela , esposa del Contralmirante Agapito , durante los días 22 a 27 de enero de 2013.

También resultan elemento probatorios muy importantes las facturas de fecha 12.02.2013 por importe de 52.727,19 €, por la compra de un generador y un compresor para uso personal del Contralmirante Agapito , quien había pedido a Fermín "un compresor de 20 bar con ruedas (tractable)" y la factura de fecha 12.02.2013 por importe de 7.482,13 €, por gastos médicos de cirugía estética de Estela , esposa del Contralmirante Agapito , durante los días 22 a 27 de enero de 2013, quien continuaba "el proceso de "recauchutado" que comenzó el pasado mes de julio". Estos gastos fueron asumidos por la empresa pública DEFEX y acordados entre Fermín y Gerardo mediante correo electrónico de 31.01.201357, como "los costos incurridos en las operaciones especiales: "mamotreto y mamotretín" más recauchutado", y que debían ser enviados a Camerún para evitar "cualquier problema con las aduanas", como solicitaba el Contralmirante Agapito .

Creemos que la Sala de Instancia hace una valoración correcta de estos correrros tan claros como determinantes, los cuales acreditan el concierto entre ambos condenados para probar que con cargo a la facturación emitida por ARESA a DEFEX se incluyeron gastos que poco tenían que ver con la ejecución de los suministros y servicios contratados, ;quizá el más determinante es el correo de 31.01.201367 enviado por Fermín a Gerardo , en el que se imparten instrucciones «con objeto de "diluir" el "mamotreto" que irá en este tercer contenedor, debemos enviar una cantidad importante de repuestos incluidos en el contrato (...). Por otro lado, quedo a espera que urgentemente me envíes los costos incurridos en las operaciones especiales: "mamotreto y mamotretín" más recauchutado, para ver como lo encuadramos.»

Por otro lado como ya se dijo en el anterior fundamento, tenemos que concluir al igual que la Sala de Instancia que con la lectura de estos correos se pone de manifiesto que el Contralmirante Agapito , Jefe del Proyecto de



los contratos comprendidos en el expediente Pre174 Camerún Sistemas Vigilancia Costera y con capacidad para redactar los contratos del Ministerio de Defensa de Camerún fue beneficiario de regalos, viajes, estancia hotelera y operaciones de cirugía estética para su esposa Estela, sufragados por la empresa pública DEFEX como contratista principal, en contraprestación por los contratos celebrados con el gobierno camerunés.

Los correos electrónicos obrantes en autos, las documentales, así como las periciales han sido debidamente valoradas por la Sala de instancia y así lo entendemos, de tal modo que la coparticipación del recurrente en los hechos que constituyen la infracción criminal está debidamente acreditada.

Con carácter general la estimación de la concurrencia de error en la valoración de la prueba tiene que estar basada en la existencia de pruebas manifiestamente contradictorias entre sí o por la inverosimilitud e incoherencia y esto exige entrar a realizar una función revisora del juicio crítico y racional de convencimiento y de la credibilidad otorgada a las mismas, ponderando todas las pruebas con la versión inculpativa, sin que el principio de inmediación suponga o represente veto alguno. Más en el presente caso la prueba de cargo es en casi su totalidad de naturaleza documental, especialmente los correos electrónicos aportados a la causa que relatan conversaciones entre los condenados, el funcionario camerunés y el anterior condenado, y entre el personal al servicio de los primeros.

La STC 338/2005 establece que "Dicho de otro modo, en los supuestos en los cuales la crítica que se contiene en la Sentencia de apelación y que, consecuentemente, determina la alteración de los hechos probados, no se realiza a base de sustituir al órgano de enjuiciamiento en la valoración de medios probatorios cuya apreciación requiere inmediación, sino que se proyecta sobre la corrección o coherencia del razonamiento empleado en la valoración de la prueba, sobre tal modo de proceder no proyecta consecuencia significativa alguna la inmediación en la práctica de tales pruebas». Y a este cometido hemos limitado nuestro estudio y para estimar el recurso tendríamos que entender que la conclusión fáctica alcanzada por la Sala de instancia es irracional, ilógica o arbitraria, o cuando las pruebas no sean suficientemente sólidas para establecer con seguridad y fuera de toda duda razonable los hechos declarados probados que determinan la culpabilidad de los condenados.

Siguiendo la STS Sala 2ª 299/18 de 19 de junio que en lo referente a la valoración de la prueba documental y en sentido negativo podremos decir que no se ha evidenciado el error de algún dato o elemento fáctico o material a la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones y que no se ha ofrecido dato contradictorio acreditado que afecte a elementos fácticos: No cabe duda que la determinación de los hechos probados no exige al Tribunal de razonar la prueba en los «Fundamentos de Derecho», en los que el Tribunal ha de describir el iter formativo de su convicción, apoyándose, en general, en el resultado de la prueba y, en especial, en el de cada uno de los medios probatorios para afirmar los hechos que ha de subsumir en los correspondientes preceptos penales determinantes de la responsabilidad penal y de sus circunstancias modificativas, y la labor del Tribunal de apelación no es volver a hacer una valoración de la prueba practicada, sino comprobar la corrección de la racionalidad de la valoración de la prueba de la sentencia impugnada.

Lo que nos pide el recurrente es una nueva valoración de la prueba practicada en el juicio oral según su propia versión, y no aporta elementos que acrediten el presunto error padecido por la Sala de Instancia en su propia valoración de la prueba; no parecíamos quebra lógica o algún déficit no asumible racionalmente, y por el contrario veremos que el material probatorio es concluyente (584/2014, de 17 de junio) El recurrente no ha intentado poner de relieve la irracionalidad de la valoración de la prueba ofrecida por el tribunal de instancia sino su propia conclusión respecto de los mismos, ofreciendo una interpretación de los hechos sobre la base de una valoración propia de la prueba que no puede ser aceptada por el Tribunal ante la literosuficiencia de los documentos que podríamos decir y nunca mejor dicho hablan por sí solos. Por ello se debe desestimar este motivo de recurso.

### **3.3 Motivo número dos .**

Con el tercero de los motivos se alega que el órgano sentenciador ha incurrido en la infracción del art. 445 CP en su aplicación sobre los hechos declarados probados. Para ello hace un estudio doctrinal sobre la evolución del tipo de doctrinal y tras el mismo sostiene que los hechos probados ni los escritos de acusación hagan referencia alguna a la existencia de competencia de otros posibles licitantes en relación a los contratos en cuestión, a alguna ventaja competitiva que, con respecto a terceros competidores o licitantes, hubiera alcanzado DEFEX en relación al acuerdo marco o, específicamente, en relación al Proyecto PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera, y por último al apartamiento o incumplimiento de alguna normativa camerunesa de contratación (ni cualquier otra) vinculada a los contratos en cuestión. suscripción del acuerdo marco o del Proyecto PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera o al apartamiento de las funciones públicas de





autoridad o funcionario público camerunés alguno interviniente en la maduración y suscripción del acuerdo marco o en el Proyecto PRE174 - Camerún Sistemas Vigilancia Costera.

Por ello sostiene que los hechos declarados probados por la sentencia no son constitutivos de delito del art. 445 CP ni del actual 286 ter CP, y se dice que los hechos probados no cuestionan en nada la obtención de ventajas competitivas o la vulneración de la competencia ni en los procesos para alcanzar la contratación previa al contrato marco, ni en el proceso técnico de maduración del acuerdo marco, ni en el proceso de firma del acuerdo marco, ni el proceso de negociación de los distintos acuerdos derivados del acuerdo marco, ni en el proceso de firma de los acuerdos concretos, ni en el proceso de ejecución de los contratos concretos alcanzados. Y es que "pagar distintos gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas, para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos" sin efecto alguno sobre la competencia.

En concreto, los hechos declarados probados recogerían que se "pagaron distintos gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas, para asegurar su buena voluntad y ayuda", sin que se concrete de ninguna forma, incumplimiento normativo alguno de los funcionarios o autoridades cameruneses, apartamiento de la función pública alguna de los funcionarios o autoridades cameruneses.

Concluye que conteniendo el art. 445 CP y el actual 286 ter CP una protección ante la obtención de ventajas competitivas frente a los competidores mediante la corrupción, es necesario que los hechos declarados probados que fundamenten su aplicación conforme a las exigencias del principio de legalidad expresen dicha ventaja competitiva o afectación a la competencia (bien jurídico protegido), teniendo en caso contrario esa corrupción sin afectación a la obtención de ventajas competitivas frente a los competidores una tipicidad autónoma y distinta tanto desde la perspectiva del Convenio OCDE como del art. 427 CP. Por ello entiende que la aplicación del art. 445 CP contenida en la Sentencia es una aplicación no previsible y contraria a las especificaciones típicas efectuada en infracción del mencionado art. 445 CP y con vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal,).

El Ministerio Fiscal nos dice que el análisis que hace el apelante del tipo penal del art. 445 CP, en su redacción por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, no se corresponde con la tipicidad del precepto, ni tampoco con la jurisdicción y competencia de los Tribunales españoles, una vez que el apelante condiciona la aplicación del delito a realizar actuaciones jurisdiccionales en territorio extranjero para, al menos, examinar la normativa e infracciones en materia de contratación en el país extranjero, determinar legalidad o ilegalidad de la acción del funcionario público extranjero, la concurrencia de otras empresas competidoras y sus posibles perjuicios. A continuación, hace un detallado estudio del tipo penal.

Nos remitimos en este motivo a lo que ya dijimos en el motivo alegado pro el otro apelante, si bien debemos a ver alguna mención a lo más mollar del presente recurso y es que es que no se ha acreditado que el apelante actuara con es necesario que los hechos declarados probados que fundamenten su aplicación conforme a las exigencias del principio de legalidad expresen dicha ventaja competitiva o afectación a la competencia (bien jurídico protegido), teniendo en caso contrario esa corrupción sin afectación a la obtención de ventajas competitivas frente a los competidores una tipicidad autónoma y distinta tanto desde la perspectiva del Convenio OCDE.

Como ya adelantamos el principio de imparcialidad u objetividad relativo a las decisiones de los funcionarios públicos y miembros de organizaciones internacionales no constituye el objetivo específico de protección, sino el medio a través del cual se atenta contra la competencia como bien jurídico protegido por este delito. Se trata de un delito de medio determinado. La afectación del correcto funcionamiento concurrencial del mercado sólo es típico si se consigue mediante corrupción (no mediante violencia, intimidación, engaño, prácticas colusorias, etc.). Por ello debe haber como se dijo una corrupción o intento de corrupción, y ello tiene que ir dirigido a afectar a su imparcialidad u objetividad en el ejercicio de las funciones que le son propias; ser corrompido no es enriquecerse injustificadamente aprovechándose del cargo o posición que se ocupa si ello no conlleva una infracción de deberes en el ejercicio de funciones públicas. Lo decisivo del concepto jurídico-penal de corrupción no es el beneficio injustificado, sino la violación vinculada a dicho beneficio como contraprestación. Y en este caso con el fin de afectar a la competencia. La conclusión es que debe existir alguna relación o vinculación entre las funciones públicas que desempeña el funcionario o autoridad sobornado o tentado con la actividad económica internacional que genera la situación concurrencial, incluso aunque las decisiones más relevantes (por ejemplo, resoluciones administrativas) sean adoptadas por otros miembros o integrantes de la Administración a la que pertenece.

Por ello en el art. 445 CP y de formas más específica en el nuevo art. 286 ter se protege la competencia leal y honesta. La violación del principio de objetividad e imparcialidad que debe orientar toda actuación



de funcionario o autoridad es el medio tipificado para conseguir una ventaja competitiva. El funcionario o autoridad sobornado o tentado debe tener alguna relación o vinculación en el ejercicio de sus funciones públicas con la actividad económica internacional que genera la situación concurrential.

Como ya adelantamos, por beneficio irregular debe entenderse una ventaja a la que la empresa no tiene claramente derecho, como una autorización irregular para que realice una actividad sin reunir los requisitos. Dentro de los beneficios irregulares cabría cualquier tipo de decisión administrativa de carácter reglado que la empresa obtiene sin tener derecho a la misma, pero también cualquier actuación del funcionario violando sus deberes de imparcialidad. De este modo, este término comprende comportamientos tan dispares como obtener indebidamente una exención aduanera, las confecciones de una normativa beneficiosa para la empresa, la presión sobre otro funcionario público para que haga la «vista gorda» con el fin de silenciar una infracción, etc.

En lo que más nos interesa en este caso es que el artículo 445 CP está configurado como un delito de tendencia, esto es, en el que la acción se define como expresión de una tendencia subjetiva del agente, de tal manera que sólo resulta típica si su ejecución externa va acompañada de esa tendencia interna, esa finalidad del autor (de que el funcionario público extranjero actúe o se abstenga de actuar para conseguir o conservar un contrato o beneficio irregular) debe ser considerada como un elemento subjetivo del tipo. De esta manera, la presencia o ausencia de tal elemento determina ya la tipicidad o atipicidad de la acción.

Como tipo de tendencia el artículo 445 CP requiere esa especial finalidad, como elemento subjetivo, esto es, un dolo específico en la conducta del sujeto con el fin de que las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas, y para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

Se precisa, por tanto, que el sujeto activo persiga que el funcionario actúe u omita realizar un acto que debería practicar, siempre en el ejercicio de funciones públicas. No es necesario, sin embargo, que el funcionario llegue a actuar u omitir. Se trata de un delito de resultado cortado, pues la intención del corruptor al realizar la acción típica ha de dirigirse a la obtención de un resultado independiente de él. El artículo 1.4.c) del Convenio OCDE, que es Derecho interno español una vez ratificado, interpreta la expresión "actuar o abstenerse de actuar en relación con el ejercicio de funciones oficiales" como comprensiva de "cualquier uso de la posición del agente público tanto dentro como fuera de la competencia autorizada de ese agente". Para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular, Además, dispone el art. 445 que el corruptor ha de actuar con la finalidad de conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular. Esto quiere decir que no es necesario que se produzca una real afectación de las reglas de comercio internacional, ni de la competencia internacional, sino que con la simple intención del sujeto de que eso ocurra ya se considera consumado el delito, sin perjuicio de que si ocurre la prueba será más fácil.

Como ya se ha dicho hasta la saciedad, los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales son delitos de consumación anticipada, al igual que los delitos de cohecho. Al tratarse de delitos de mera actividad, éstos se consuman con la simple manifestación exterior de la actitud personal del sujeto, no siendo precisa la producción de un resultado material externo para la consumación del delito. Para alcanzar la consumación no deviene imprescindible el hecho de que tenga lugar y se cierre el acuerdo corrupto con el funcionario público, tan solo bastará con que el particular intente sobornarlo, con independencia de cuál sea la actitud que adopte el funcionario ante la oferta, y de que se ejecute o no la contraprestación de ese beneficio indebido entregado. No es necesario que se ocasione la entrega de la recompensa, ni tampoco que el particular obtenga las ventajas comerciales pretendidas. En el soborno transnacional ocurre lo mismo que en los denominados delitos mutilados de dos actos, donde la realización del comportamiento posterior del funcionario o el beneficio irregular obtenido representan elementos que pertenecen a la esfera del agotamiento del delito, mas no condicionan la consumación de este. Se hace necesario incidir en que el delito se consuma con la simple propuesta al funcionario público, siempre que la misma sea recibida por dicho agente público. Esto impide tener en consideración gran parte de las alegaciones realizadas por el recurrente.

La intención comprende, por tanto, no sólo los casos en los que se pretende conseguir un beneficio, sino aquellos en los que el sujeto pretende conservar el beneficio ya obtenido. Con todo, no va a ser necesario que realmente se consiga o se conserve el contrato o el beneficio irregular. En definitiva, son reconducibles al art. 445 los supuestos en los que el corruptor pretende que el funcionario público extranjero o agente, realice en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivos de delito en la legislación del país del funcionario público extranjero, pero también un acto injusto no delictivo, conforme a la legislación del agente público extranjero o se abstenga de ejecutar un acto que debería practicar en el ejercicio de su cargo.



Como hemos visto en la prueba practicada ha quedado acreditado que el recurrente estaba totalmente al tanto de la intención del otro condenado y compartía con aquel el plan criminal haciendo todo lo que le indicaba con total anuencia. Recordemos como el funcionario camerunés daba indicaciones al otro condenado para la redacción de la adenda del contrato, en el sentido de tener que «rehacerla más corta y sencilla para que no dé la impresión de un contrato completamente rehecho», y así permitir la firme directa del Ministro, sin necesidad de que fuese enviado a la Presidencia de la República de Camerún; en este mismo correo, el Contralmirante Agapito también dio instrucciones sobre la redacción de las facturas y el contrato: "Así, nosotros (DEFEX, Aresa y yo) estamos al tanto exactamente de los que se debe hacer y sabremos siempre como gestionar las eventuales dificultades que pueda surgir (nunca se está a salvo al 100%". El plan delictivo esta perfectamente diseñado, este funcionario estaba dispuesto a hacer lo que fuese necesario para el mantenimiento de la relación contractual estando preparado para cualquier eventualidad.

Como dijimos resulta reveladora a la documental obrante en el procedimiento en relación a un correo de fecha 07.10.2015 enviado por Teodosio a la nueva dirección de DEFEX, que fue encontrado en el despacho del nuevo responsable de DEFEX, en el que dice que el agente tan citado de la empresa en Camerún las autoridades camerunesas «me han otorgado su confianza al adjudicar excepcionalmente el Proyecto a DEFEX sin convocar concurso», y que «en todo los aspectos referentes al proyecto, el contexto de acuerdo tácito entre caballeros que ha prevalecido siempre en las relaciones entre el almirante (Representante de la parte camerunesa), Fermín (Representante de la adjudicataria DEFEX) y yo mismo que era y sigo siendo el Facilitador; queda acreditado la intención de ambos condenados de corromper al funcionario para que consiga este fin totalmente ilícito como palmariamente se puede comprobar, quedando en definitiva acreditado la intención del militar camerunés de asumir su función de asegurar el buen fin del contrato frente a cualquier avatar, y ello con el último fin de afectar a la libre competencia de otros competidores, esto es, dificultar o impedir la entrada de otros competidores, mas no es necesario que la competencia se vea afectada sino que el sujeto activo del delito lo pretenda como fin de su actividad criminal.

Esta es la cuestión medular en cuanto al elemento subjetivo del tipo, tanto el recurrente como el otro condenado tienen la intención de hacer lo posible para que los funcionarios cameruneses solucionen cualquier problema que pueda surgir en relación con la actividad contractual y así evitar que esta pueda extinguirse por cualquier avatar que pueda producirse; en este caso el funcionarios acepta y ejecuta este plan y con ello dificultan la competencia puesto que el militar camerunés está dispuesto a hacer lo necesario para evitar nuevos concursos públicos que pongan en peligro el mantenimiento de la actividad de las empresas que dirigían tanto el recurrente como el otro condenado; con ello ha quedado acreditado que el tipo del injusto ha concurrido en el presente caso en su plenitud y se debe desestimar por tanto este motivo de recurso.

#### **CUARTO. RECURSO PLANTEADO POR ARESA MARINA, SL.**

Resta estudiar el recurso planteado por la apelante mercantil ARESA MARINA, SL (En adelante Aresa). Para ello articula tres motivos al amparo del art. 790.2 LECrM, el primero por haber incurrido el órgano sentenciador en infracción del art. 31 bis y ss. CP a la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal, de culpabilidad penal y personalidad de las penas ( arts. 7.1 CEDH, 49 CDFUE y 25 CE), dada la forma en la que se infringe por la Sentencia recurrida los arts. 31 bis y ss. CP Pag 2; el segundo motivo por haber incurrido el órgano sentenciador en infracción del art. 445.2 CP, en relación con el art. 31 bis CP. ; y el tercer motivo por haber incurrido el órgano sentenciador en infracción del art. 25 CE y el principio non bis in ídem, en relación con la pena impuesta a D. Gerardo y a la mercantil Aresa Marine S.L., cuyo propietario, administrador único y gerente es D. Gerardo .

##### **4.1 Motivo número uno . -**

Alega la recurrente que la sentencia que se recurre condena a la mercantil Aresa Marine S.L. (en adelante Aresa Marine) como responsable penal en aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP sin que exista hecho probado alguno en la Sentencia referido a los deberes de identificación, supervisión, vigilancia y control de Aresa Marine S.L de los riesgos de incumplimiento normativo penal asociados a la conducta de sus administradores y/o empleados, a su alcance y a su pretendido incumplimiento. Se continua diciendo que partiendo de la inexistencia de hecho probado ni reproche típico propio alguno a la persona jurídica, la sentencia alcanza la declaración de responsabilidad penal de Aresa Marine S.L. con el exclusivo fundamento de la declaración de la responsabilidad penal de la persona física a ella vinculada y la inexistencia de concurrencia de circunstancias eximentes; en este punto transcribe las únicas referencias de la sentencia a la responsabilidad penal de la persona jurídica en la sentencia:

*"Y de este delito debe responder penalmente la mercantil acusada, Aresa Marine, S.L., en virtud de los dispuesto en al tiempo vigente artículo 31 bis del Código Penal , al haberse cometido este delito por el acusado, Gerardo , en beneficio de esa empresa, y con la intervención de medios, empleados, y recursos de la misma." ..."No*



*apreciándose la concurrencia respecto de Aresa Marine, S.L., [...] de ninguna de las causas de exención de responsabilidad del artículo 31 bis.2 y 4 del Código Penal vigente tras reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo."*

Se argumenta que la responsabilidad penal de Aresa Marine S.L. es alcanzada por la sentencia única y exclusivamente a través de la proyección de la responsabilidad penal de la persona física a ella vinculada (sistema vicarial), lo que supone, de nuevo, una infracción en su aplicación de las previsiones del art. 31 bis CP, y la vulneración de los principios de legalidad/tipicidad penal, de culpabilidad y de personalidad de las penas, todos ellos de necesario reconocimiento y respeto a las personas jurídicas tal y como se especifica a continuación.

Nos dice la apelante que el marco normativo de análisis del presente motivo lo constituye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo (aplicable a Aresa Marine S.L.), citando para ello la STS Sala 2ª 234/2019, de 8 de mayo, en la que se reitera que "Las dudas sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han quedado resueltas por la doctrina de esta Sala de la que es exponente la STS 221/2016, de 16 de marzo, entre otras, en la que se establece que la sanción penal de la persona jurídico tiene su fundamento en la responsabilidad de la propia empresa por un defecto estructural en los mecanismos de prevención frente a sus administradores y empleados en los delitos susceptibles de ser cometidos en el ámbito de actuación de la propia persona jurídica, resolución que como la propia apelante enfatiza proclama que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas.

Recuerda que los derechos esenciales reconocidos al acusado en el marco del proceso penal, sea material o procesal su contenido, deben ser igualmente reconocidos a las personas jurídicas"; que la responsabilidad por el hecho propio y la reivindicación de un injusto diferenciado se han perfilado como presupuestos sine qua non para proclamar la autoría penal de una persona jurídica"; que no se pueden acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido; que en el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica (art. 31 ter CP), respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad<sup>11</sup>; que el fundamento de la responsabilidad penal no es objetiva sino que ha de tener su soporte en la propia conducta de la persona jurídica. Que cuando se habla de delito corporativo para referirnos al de la persona jurídica, es porque ha de tratarse de un hecho propio de ella.

A continuación cita la jurisprudencia más reciente que ratifica y reitera que el injusto que define y circunscribe el delito de la persona jurídica solo se da cuando se incumplen gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso, de tal suerte que la inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo, aunque su concurrencia si pueda convertirse en un presupuesto que elimine o limite la responsabilidad penal.

Nos recuerda que el derecho de presunción inocencia que también se predica de la persona jurídica exige acreditar que además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015.

Por ello concluye que en la imposición de una pena por un órgano judicial invocando la aplicación de un precepto penal (en este caso los arts. 31 bis a 31 quinquies del CP) sin la previa declaración de la concurrencia como hechos probados de los presupuestos de realidad contemplados por la norma penal aplicada para mandar la imposición de esa pena, supone la lesión del derecho fundamental a la legalidad penal de la persona sobre la que recae la pena. Además, la forma en la que actúa la Sentencia (declaración automática de responsabilidad penal de la persona jurídica por haber considerado concurrente la de una persona física), resulta una práctica no permitida por vulnerar el principio irrenunciable de la jurisdicción penal de culpabilidad por el hecho propio y de personalidad de las penas; razona que la sentencia recurrida condena a la mercantil Aresa Marine S.L. como responsable penal en aplicación de los arts. 31 bis y ss. CP sin que exista hecho probado alguno en la Sentencia referido a los deberes de identificación, supervisión, vigilancia y control de Aresa Marine S.L. de los riesgos de incumplimiento normativo asociados a la conducta de sus administradores y/o empleados, de su alcance y de su pretendido incumplimiento. Partiendo de la inexistencia de actividad probatoria, hecho probado ni reproche fáctico y típico propio alguno a la persona jurídica, la Sentencia alcanza la declaración de responsabilidad penal de Aresa Marine S.L. con el exclusivo fundamento de la proyección de





la declaración de la responsabilidad penal de la persona física a ella vinculada de la que deriva, objetivamente, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso porque entiende que la reciente STS 89/2023, de 10 de febrero, circunscribe la responsabilidad penal de la persona jurídica por el art. 31 bis 1.a) del CP -anterior art. 31 bis párrafo 1º CP-, a que se constate la comisión de un hecho delictivo por parte de la persona física integrante de la organización; que se trate de alguno de los delitos previamente seleccionados por la ley como aptos para acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y junto a ello, dicho precepto establece también, como elemento determinante para que aquella responsabilidad penal pueda ser exigida, que las conductas de las personas físicas se hayan realizado "en nombre o por cuenta" de la persona jurídica y "en beneficio directo o indirecto de la misma»

Por ello considera suficiente que se constate que para comprobar la fundamentación de la condena de la mercantil ARESA MARINE SL por las acciones de su presidente y apoderado, con capacidad para tomar decisiones vinculantes para la mercantil que redundaron en un beneficio societario. Extremos que no son negados o cuestionados por el recurrente, al ser Gerardo propietario, administrador único y gerente de la mercantil ARESA MARINE SL.

Considera acreditado en el relato fáctico la conducta delictiva del art. 445 CP realizada por el administrador de la mercantil ARESA MARINE SL en beneficio de ésta, resultando un beneficio concretado y no impugnado «El beneficio obtenido por la mercantil Aresa, S.L., ascendió a la cantidad de 25.424.544,42 euros», la Sentencia de instancia fundamenta la condena declarando que «Y de este delito debe responder penalmente la mercantil acusada, Aresa Marine, S.L., en virtud de lo dispuesto en el tiempo vigente artículo 31 bis del Código Penal, al haberse cometido este delito por el acusado, Gerardo, en beneficio de esa empresa, y con la intervención de medios, empleados, y recursos de la misma.»

A su vez, la Sentencia de instancia añade para fundamentar la condena que "No apreciándose la concurrencia respecto de Aresa Marine, S.L., de ninguna de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal previstas en el artículo 31 bis.4 del Código Penal vigente al tiempo de comisión del delito; ni de ninguna de las causas de exención de responsabilidad del artículo 31 bis.2 y 4 del Código Penal vigente tras reforma introducida por la Ley Orgánica 1/201530», procede a motivar la determinación de la pena de multa en la forma más beneficiosa evitando el tanto alzado".

Vamos a comenzar por esta última aseveración del Ministerio Fiscal que hace alusión a STS Sala 2ª 89/2023 de 10 de febrero donde además de decir lo que se ha transcrito por el ministerio Fiscal también dice en el mismo fundamento jurídico que " *No profundizaremos ahora, por exceder del objeto de este motivo de impugnación, en las discrepancias expresadas en su voto concurrente por hasta siete magistrados integrantes de la Sala, con relación a la consideración de la ausencia de una cultura de control como elemento objetivo del tipo. Sirva señalar solamente que, también esos magistrados disidentes consideraban que "el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control de su funcionamiento interno", aunque no compartieran que dicha ausencia pudiera ser considerada, en la específica regulación vigente, como "el núcleo de la tipicidad" o como un elemento autónomo del tipo objetivo definido en el art 31 bis 1º CP 2015, frente a lo que se entendía en la sentencia mayoritaria al analizar la naturaleza de la circunstancia prevenida en el párrafo segundo del citado precepto". Y también dice " En ese mismo sentido, --responsabilidad por actos propios--, se alinea también, por ejemplo, nuestra reciente sentencia número 747/2022, de 27 de julio, cuando observa: "Se dice que la sanción a la persona jurídica se funda en la ausencia de un sistema interno de prevención eficaz. Eso ha permitido hablar a la jurisprudencia de un delito corporativo y establecer un fundamento diferenciado de la sanción, así como hablar de autorresponsabilidad". También se enmarcan en esta misma tesis, entre varias otras, nuestras sentencias números 534/2020, de 22 de octubre o la número 234/2019, de 8 de mayo "*

Por ello, no cabe duda de que el fundamento último de la responsabilidad penal de la persona jurídica es la ausencia de medidas eficaces de prevención y control del funcionamiento interno de la sociedad, y al margen de que este extremo se considere que es un elemento esencial del tipo o un elemento autónomo del tipo que tiene que ser acreditado y probado, y también, al margen de a quien se le encargue o debe acreditar tales extremos. En el presente caso es cierto que la sentencia recurrida no cita en los hechos probados hecho alguno relacionado con la ausencia o un sistema defectuoso de medidas de control y vigilancia en la persona jurídica, si bien esta ausencia fáctica no tiene por qué tener la consecuencia a la que aspira la apelante, en un caso como el actual, en el que la persona física que comete el delito en cuestión es el presidente y administrador único de la persona jurídica, esto es, el máximo responsable de la empresa, y por ello, ya adelantaremos argumentos que tendrán mucha incidencia en la desestimación no solo de este motivo, sino también del segundo. En los hechos probados de la sentencia sí está reflejado que Gerardo celebró contratos en nombre de Aresa y además actuó en beneficio de la misma, y así aparece acreditado "La mercantil Aresa Marine, S.L., estuvo en todo momento



*representada por Gerardo , mayor de edad y sin antecedentes penales, Presidente del Grupo Aresa Internacional desde el año 2010, y apoderado de esta mercantil desde el 19 de septiembre de 2011....En el marco del Tramo B (Sector/Vector naval) del Proyecto PRE174, y puestos de común acuerdo entre sí, Fermín , actuando como representante de DEFEX, y Gerardo , actuando en nombre y en beneficio de la subcontratista Aresa Marine, S.L., pagaron distintos gastos de favor o dádivas a funcionarios o Autoridades camerunesas y personas allegadas a éstas, para asegurar su buena voluntad y ayuda en la consecución y mantenimiento de la ejecución de los contratos suscritos por aquéllos referentes a este Tramo B del PRE174"*

Lo que debemos destacar en primer lugar es que quien ejecutó materialmente todos los actos que determina el tipo penal aplicable a la persona jurídica es el condenado Gerardo , que a la sazón es el presidente y administrador de la empresa; es además, quien suscribió el contrato que liga a su empresa con la que dirigía Fermín , y fue él mismo el que determinó el pago de todas la facturas relacionadas con las dádivas percibidas por los funcionarios cameruneses con el fin de mantener el contrato matriz y evitar cualquier avatar que pudiera hacer peligrar el mantenimiento de dicho contrato, con el ánimo de limitar la libre competencia de nuevos concurrentes; pero hay un aspecto en cuestión que no se plantea en el recurso, Gerardo es el obligado a implementar medidas eficaces de evitación de la comisión de delitos y además el que debe observar sus procedimientos.

En definitiva, la apelante lo que alega es que la mercantil Aresa Marine S.L. es condenada solo sobre la base de la comisión del delito por parte de la persona física y por ello no existe un hecho probado en el sentido de expresar que no concurre un plan eficaz para la evitación de la comisión de determinados delitos, pero como hemos adelantado obvia que la obligación de tal implemento de medidas eficaces de vigilancia y supervisión era una obligación de la persona física que además es la que ha cometido el delito. La única alusión a que ha concurrido una falta de cumplimiento en los deberes de supervisión , vigilancia y control de ARESA la encontramos de forma tácita en el fundamento jurídico que expresa "...No apreciándose la concurrencia respecto de Aresa Marine, S.L., [...] de ninguna de las causas de exención de responsabilidad del artículo 31 bis.2 y 4 del Código Penal vigente tras reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo."; con esta expresión obviamente la Sala de instancia está diciendo que no concurre, entre otras, la causa de exención de exención de responsabilidad consistente en haber adoptado y ejecutado con eficacia antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

Es cierto que como establece a STS 732/21 de 29 de septiembre " *La subsunción penal no puede recaer sobre cualquier hecho o afirmación contenida en la sentencia con apariencia de facticidad. Solo puede operarse con el hecho histórico claramente determinado, desprovisto además de fórmulas preconstituidas del fallo. Este constituye la única fuente de la que el Tribunal puede obtener la información para la construcción de su inferencia normativa. Y, en lógica correspondencia, de la que las partes, tanto acusadoras como acusadas, deben servirse para impugnar, tanto por error de valoración probatoria como por error de subsunción, la sentencia generadora de gravamen.*" Ahora bien, creemos que este relato factico es suficiente a los efectos de sostener la condena de la persona jurídica, especialmente por lo que vamos a decir en relación con el siguiente motivo, y por ello los argumentos están estrechamente relacionados, de tal suerte, que no resulta necesario que en este caso aparezca en los hechos probados el hecho determinante de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tal cual es la ausencia de un sistema de control y vigilancia eficaz en la persona jurídica, toda vez que el encargado de su implantación y el responsable de su cumplimiento es la persona física que cometió el delito y a la vez la que tiene el control absoluto de la persona jurídica.

## **2.- Motivo número dos**

Se expone que la sentencia no contiene ningún hecho probado que recoja o exprese ninguna conducta organizativa propia de Aresa Marine S.L. en relación a los hechos considerados por los arts. 31 bis sobre las conductas del art. 445 CP como, por ejemplo, los análisis concretos del riesgo o la inexistencia de los mismos; los controles diseñados tras el análisis del riesgo efectuados o la ausencia de los mismos; la existencia del sistema normativo interno o la ausencia del mismo; la vigencia del sistema normativo interno y de los recursos financieros aplicados; las actuaciones de los responsables del sistema con respecto a los riesgos de la actividad profesional de administradores y/o empleados; la vigencia y aplicación del sistema disciplinario, etc.; tampoco fundamento jurídico alguno que relacione el iter racional seguido para alcanzar el inexistente hecho probado organizativo que debiera subsumirse en la aplicación del art. 445 CP (en su redacción dada por la LO 5/2010); Ningún fundamento jurídico de subsunción del hecho probado organizativo inexistente, en los arts. 31 bis - 445.2 CP en relación con las conductas del art. 445.1 CP (en su redacción dada por la LO 5/2010).

En definitiva, el recurrente entiende que la sentencia debió estudiar de forma concreta un tratamiento específico de «los deberes de identificación, supervisión, vigilancia y control de Aresa Marine SL de los riesgos de incumplimiento normativo penal asociados a la conducta de sus administradores y/o empleados, a su



alcance y a su pretendido incumplimiento». Pareciera con ello que es necesario un estudio sobre el programa de cumplimiento normativo de la mercantil, sus fisuras, deficiencias y los defectos organizativos, extremos que requieren prueba y que como bien resalta el Ministerio Fiscal no fue planteada específicamente, es más ni por parte de la empresa, ni por parte de su administrador autor del delito subyacente a la responsabilidad penal de la persona jurídica han hecho alusión a la existencia de tal plan y mucho menos a su contenido. Partamos de una aproximación, y es que no se puede atribuir al Ministerio Fiscal la existencia de algo que no ha sido ni aludido por la apelante.

EL Fiscal nos recuerda que la mercantil ARESA MARINE SL no disponía de una mínima organización de prevención de infracción normativa, lo que fue aceptado por la propia mercantil en el acto de Juicio Oral al no contrariar su acusación, y porque la imputación de la mercantil ARESA MARINE SL se sustentaba en el art. 31 bis 1 párrafo 1º CP -hoy art. 31 bis 1.a) CP-, y no en el párrafo 2º del art. 31 bis 1 CP -hoy art. 31 bis 1.b) CP- que incluye sin cuestionamientos la «culpabilidad por defecto de organización». De esta forma, ante la acusación de inexistencia de sistema de organización y control de sus operaciones comerciales que evitasen o redujesen el riesgo de comisión de actuaciones delictivas, la mercantil ARESA MARINE SL nada alegó, guardando silencio en el escrito de Conclusiones Provisionales de la mercantil ARESA MARINE SL de fecha 26.01.2021 (Ac 593), tampoco formuló prueba para contrarrestar la acusación ante el Tribunal a quo. Incluso, en esta segunda instancia, la representación procesal de la mercantil no denuncia error en la valoración de la prueba reprochable al Tribunal de instancia ni propone prueba sobre el modelo de prevención y control instaurado en la mercantil, el cual era inexistente.

Respecto a quien le corresponde la prueba de este elemento, pertenezca al tipo o sea un elemento autónomo del tipo, o una causa de exención de la antijuricidad, existe una gran discusión, pero lo que parece cierto es que en casos como el presente en el que el autor persona física del delito cometido es quien ostenta el control absoluto del sociedad por ser su presidente y administrador, parece aconsejable considerar que es a él a quién le corresponden la carga de la prueba de la concurrencia de un sistema interno de prevención eficaz, algo que de existir, es adecuado para eximir de responsabilidad a la persona jurídica. El acusado Gerardo es presidente del Grupo Aresa Internacional desde 2010, apoderado de la mercantil desde el 19.09.2011, y administrador único desde el 17.06.2017.

La redacción el art 31 bis vigente en el momento de cometerse el delito es la anterior a 30 de junio de 2015 en la que se establecía que " En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho."; la actual redacción establece que "a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.", lo cual nos sitúa en una escenario penal muy similar, más la diferencia es que en la actual redacción actual se dice que art se dice que art 31 bis 2 que "2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión", esta previsión es de aplicación a estos hechos al ser una redacción más favorable para el reo persona jurídica. Resulta obvio que si se considera mas beneficiosa la nueva redacción deberá ser aplicada esta última.

Como hemos adelantado en el delito corporativo es necesario que se dé un delito cometido en nombre o por cuenta de la persona jurídica, en su beneficio directo o indirecto, y cometido por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, y todo ello concurre en el presente caso; pero como hemos dicho, el fundamento último de la responsabilidad penal de la persona jurídica en todas sus versiones ( delito cometido por quien manda en la sociedad o por quienes están sometidos a su autoridad) es la ausencia de un modelo de prevención eficaz, si bien la carga de la prueba en este caso parece más razonable atribuírsela a quien alega esta causa de exclusión de la responsabilidad

penal.

Existen dos títulos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el núm. 1 del art. 31 bis, a los que ya se ha hecho referencia, y esto doble modelo de imputación ya se introdujo por la LO 5/2010, en función de si el delito es cometido por representantes o asimilados de la persona jurídica o por otras personas bajo la responsabilidad de estos representantes, bien con la aquiescencia o por su falta de control («actuación



directa» y «actuación descontrolada») Ya queda claro y esta zanjada la discusión en que no se está ante una responsabilidad vicarial o una responsabilidad por el hecho del otro, de tal modo que la comisión de un delito por una persona física es un mero presupuesto de la responsabilidad de la jurídica, pero nunca su fundamento, pues sólo será posible la imputación de la persona jurídica si existe una persona física (identificada o sin identificar, imputable o no imputable, condenada, rebelde o absuelta) que haya sido el autor material de un delito de los previstos en la parte especial ( art. 31 ter CP).

Descartado que el delito de la persona física sea el fundamento de la responsabilidad penal de la jurídica, no cabe duda alguna de que la misma es la falta de medidas de control o su no cumplimiento, lo cual nos introduce en una ausencia de cultura de cumplimiento de la legalidad, en definitiva, la omisión del deber de intervención del omitente que de no haberse producido, hubiera evitado la realización de la conducta delictiva del autor principal, más este fundamento, siendo aplicable a la responsabilidad atribuida por la comisión de los delitos de los que mandan o representan a la empresa, se ve desdibujada, de tal forma que el ámbito del injusto puede coincidir plenamente, por ejemplo una administrador que tiene la voluntad de cometer un delito fiscal y a la vez no se somete a las medidas de supervisión, vigilancia y control, en muchas ocasiones impuestas por él mismo; si recobra esta naturaleza plena cuando el autor del delito es un simple representante sometido al control del que manda en la empresa, pudiendo encajar estos supuestos más en la letra b) que en la a), a pesar de ser uno de los supuestos de la letra a) En un sentido práctico consideramos que la existencia del modelo de prevención modelos de organización y gestión debe acreditarla la defensa, mientras que cuando se han podido cometer delitos por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso, lo debe llevar a cabo la acusación. Ahora bien, se da un tercer ámbito de estudio en la concurrencia del delito corporativo, y es que partiendo de que los modelos de organización y gestión incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza en el caso de los delitos cometidos por los que mandan en la empresa, en el caso de los delitos cometidos por los subordinados el modelo de organización y gestión debe resultar adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido; en este punto la carga de la prueba estaría repartida en función del tipo de delito se haya cometido y de quienes sean los autores del mismo, y así, cuando más subordinado sea el autor, más corresponderá al Ministerio Fiscal la carga de la prueba y cuando menos subordinado a la defensa.

El propio legislador nos ofrece la solución a esta interpretación introduciendo en el tipo penal de forma expresa uno de estos ámbitos, de tal forma que sobre el mismo no se da la duda jurisprudencial y doctrinal, y es que, cuando define la tipicidad del delito corporativo en función de quien sea la persona física que cometa el delito presupuesto de la persona jurídica establece dos tipos de delito corporativo diferentes: *a. para los delitos cometidos por las personas físicas de la letra a), los que mandan o representan a la sociedad*, describe como elementos del tipo:- que se dé un delito cometido en nombre o por cuenta de esta, - en su beneficio directo o indirecto, - cometido por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. *b. Para los delitos cometidos por las personas físicas de la letra b), las subordinadas*, se describe como elementos del tipo: - que se dé un delito cometido en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas; - cometido por quienes están sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, esto es, los que mandan, representan u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma; - han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Este último inciso, en nuestra opinión, se introduce un auténtico elemento del tipo, que debe concurrir para traspasar la tipicidad y no solo la antijuricidad, de tal suerte que, si el delito de la persona física se produce sin que concurra el incumplimiento antes descrito, no estaríamos dentro del ámbito del tipo, y como tal, este elemento debe ser acreditado por la acusación por las razones ya expuestas. Por el contrario, cuando se trata de la responsabilidad penal atribuida por los delitos de las personas físicas de la letra a), es la defensa la que tiene que demostrar que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención. El legislador ha introducido dentro del tipo penal lo que estimó oportuno, y relegó para el tratamiento de la exención-justificación también lo que estimó oportuno, estableciendo una importante distinción entre los casos de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica por las personas físicas de la letra A) y de la letra B), algo muy coherente con la diferente inteligencia criminal de los agentes físicos en uno y otro caso.

El supuesto objeto de recurso es un caso paradigmático de responsabilidad penal de la persona jurídica con presupuesto en la previa comisión de un delito por quien manda y controla de forma absoluta la entidad, concurriendo en aquel la responsabilidad del implemento del plan de prevención, así como la obligación de velar por su cumplimiento; en el caso de la entidad ARESA el que habría incumplido estas obligaciones es





el propio responsable de la empresa y autor del delito, y por ello, no cabe duda que a aquel y a la entidad les hubiera correspondido la obligación de acreditar la existencia del plan, aunque su eficacia o ineficacia si se podría discutir por parte del Ministerio Fiscal; pero el Ministerio Fiscal no puede cuestionar algo sobre lo inexistente y en su consecuencia la Sentencia tampoco tiene por qué valorar lo que no está acreditado que exista. Por todo ello, se debe desestimar este motivo de recurso.

### 3.- Motivo número 3

Como se adelantó este motivo consiste en que al amparo del art. 790.2 LECrm, por haber incurrido el órgano sentenciador en infracción del art. 25 CE en su dimensión del principio non bis in ídem, en relación con la pena impuesta a D. Gerardo y a la mercantil Aresa Marine S.L., cuyo propietario, administrador único y gerente es D. Gerardo. El motivo se presenta como subsidiario y por ello se ha respetado el orden que ha propuesto la apelante. Se dice que La Sentencia que se recurre incurre en vulneración del principio de non bis in ídem, toda vez que impone como consecuencia de los mismos hechos y conductas típicas (delito de corrupción en las transacciones internacionales del art. 445 CP, en su redacción dada por la LO 5/2010) una doble penalidad a D. Gerardo - persona física y persona jurídica - al ser él el único titular de la sociedad, y para ello se cita la STS Sala 2ª 747/202 de 27 de julio, a cuya extensa cita del recurrente nos remitimos.

La solución que da la sentencia se refiere a una empresa unipersonal en la que su traslación impone una absoluta falta de alteridad, de tal suerte que la persona jurídica se identifica con la persona física, y parece subrayar el énfasis de esta conclusión que expulsa del caso el tratamiento penal de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el hecho de que la persona física se la única titular de la jurídica, de tal suerte que parece imponer el principio de que no procede imponer pena alguna a la persona jurídica cuando se trata de una sociedad unipersonal y el socio único y administrador es la persona física responsable penal.

Este principio parece demasiado apodíctico como para ser tomado en toda su consideración; esta sentencia debe ponerse en relación con la STS Sala 2ª 849/2022 de 11 de noviembre en la que se reitera tal afirmación, si bien se dice algo más, también se trata de una sociedad con un solo socio, si bien se añade la nota característica que hace posible la solución aportada por la primera de las sentencias, y es que además de tratarse de una sociedad con un solo socio administrador, no goce de la necesaria estructura interna compleja como para dotarla de relevancia propia. Em esta sentencia se razona con claridad este extremo:

*"Así lo consideramos, porque la razón para ese tratamiento diferenciado de responsabilidades, no está tanto en que se trate de personas jurídicas unipersonales o no, sino en criterios de complejidad y estructura organizativa interna (que la puede haber en sociedades unipersonales), pues, faltando esa complejidad, ni siquiera cabría apreciar la culpabilidad que derivaría del incumplimiento de unos deberes de supervisión y control, que si, como hemos dicho, quedan consumidos en la propia dinámica delictiva del administrador que delinque, bastará con la condena de este, y la absolución de la persona jurídica procederá por su consideración como inimputable, debido a que no cabe estimar que concurra en ella el elemento de culpabilidad, en la medida que es incompatible con su naturaleza hablar de mecanismos internos de control y, en consecuencia, de cultura de respeto a la norma, a partir de la cual se residencia su capacidad de culpabilidad.*

*Lo determinante es la existencia de una complejidad interna, presumible a partir de un suficiente sustrato material organizativo, que, si falta, falta el presupuesto para hablar de imputabilidad penal, por inexistencia de capacidad de culpabilidad, ya que, debido a su mínima estructura, no se da la base desde la que conformarla, y es que, no habiendo posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su responsabilidad, de ahí que no toda sociedad pueda considerarse imputable en el ámbito penal, y, esto que decimos, encuentra apoyo en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en la medida que los mecanismos de control lo pone en relación con las dimensiones de la persona jurídica, que, en lo que éstas se refiere, hace las siguientes consideraciones:*

*"La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del "debido control", cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.*

*Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica".*

Como bien expone el Ministerio fiscal en su escrito de impugnación del recurso "El contenido del contrato Tramo B/Vector Naval subcontratado por la mercantil pública DEFEX a la mercantil ARESA MARINE SL,



concretado en el artículo I "Objeto del Contrato" de fecha 17.05.2012, reconocía la construcción de 17 embarcaciones de diferentes características, además de otras prestaciones y servicios de mantenimiento. Lo que ponía de manifiesto la entidad de la mercantil, como un astillero con capacidad para construir y dotar de equipamientos a embarcaciones de distinto tamaño, descartando que se tratase de una mercantil instrumental, ya que se trataba de una mercantil dotada de medios materiales y humanos susceptible de imputación conforme a los artículos 31 bis y siguientes del Código Penal."

No hay duda alguna sobre el tamaño y complejidad de la actividad desarrollada por la entidad condenada, totalmente alejada de una sociedad instrumental o de una empresa unipersonal sencilla sin entramado operacional y corporativo; muy al contrario, la envergadura de los contratos desarrollados en el ámbito de conocimiento de esta causa exige una empresa con tamaño operacional importante, tal cual se ha demostrado, como cita el Ministerio Fiscal, mediante las pruebas periciales obrantes en autos y practicadas en el acto del juicio oral. En unos de los informes periciales se dice que "En la sede principal del grupo situado en el puerto de Arenys de Mar, Barcelona. Con 9.000 m2 de superficie, la actividad de ARESA se centraliza en la construcción de buques profesionales hasta 60 metros de eslora. Su amplia infraestructura cuenta con tres naves cubiertas con sus correspondientes puentes grúa, taller mecánico, taller de carpintería y zona de infusión y posibilidad de varadas directas a mar. GRUPO ARESA INTERNACIONAL desde 1961, nace en Arenys de Mar (Barcelona). En la actualidad el grupo está formado por varias factorías, dedicadas a la construcción, reparación y mantenimiento, servicios y comercialización de todo tipo de buques profesionales de hasta 60 metros de eslora, construidos en Materiales Compuestos, aluminio y acero. El GRUPO ARESA INTERNACIONAL ha desarrollado a lo largo de sus 60 años de trayectoria un extenso catálogo de proyectos en el sector de la construcción naval que superan las más de 1.600 embarcaciones dirigidas a la Pesca, el Doble Uso, el Ocio, el Servicio Marítimo y Portuario, el Transporte de Pasajeros y Mercancías, en todos sus centros de producción, repartidos por la costa española (...)El objeto de GRUPO ARESA INTERNACIONAL ha sido desde sus comienzos, convertirse en líder nacional de la construcción naval en el ámbito nacional (...) Pero también gracias a la experiencia y profesionalidad de su plantilla, compuesta por más de 400 personas, de las cuales 50 son técnicos industriales e ingenieros de diferentes especialidades» Por ello debemos considerar que la persona jurídica es plenamente imputable y merece el reproche penal que se le ha impuesto, y por ello también se debe desestimar este motivo de apelación.

#### **QUINTO. - LAS COSTAS DEL RECURSO .**

El artículo 239 LECrim. establece la necesidad de que la sentencia que resuelve el recurso de apelación contenga un pronunciamiento sobre las costas del recurso, al señalar con carácter general como "en los autos y sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales". La jurisprudencia, STS Sala 2ª 286/2019 de 30 de mayo, señala como *"en materia de costas respecto del recurso de apelación no es aplicable la norma específica del vencimiento objetivo, prevista para el recurso de casación en el artículo 901 de la LECrim , y a falta de pronunciamiento específico por la ley procesal, será la prevista los artículos 239 y 240 de LECrim , esto es, el criterio de la imposición desde la regla de temeridad o mala fe"*.

Esto supone que la regla del vencimiento, imposición de las costas a la parte cuyo recurso se desestima - siempre excluyendo claro al ministerio fiscal- sólo será aplicable cuando concurra en el recurrente temeridad o mala fe, siendo además necesario que medie petición de parte para su imposición. En los demás casos deberán declararse de oficio.

No existiendo temeridad, ni mala fe en el recurso presentado por la defensa las costas se declaran de oficio.

#### **FALLAMOS**

**1.- Que debemos desestimar todos los recursos planteados contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 24 de febrero de 2023 , y en su consecuencia, se mantienen todos sus pronunciamientos en su literalidad.**

**2.-Se declaran de oficio las costas de este recurso.**

Notifíquese esta resolución a todas las partes, contra ella puede interponerse recurso de casación por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, que deberá prepararse ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación de la sentencia.

Así por ser esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.** - Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, en el mismo día de la fecha, de lo que yo, como la Letrada de la Administración de Justicia, doy fe.