



Roj: **STS 1947/2025 - ECLI:ES:TS:2025:1947**

Id Cendoj: **28079120012025100415**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/05/2025**

Nº de Recurso: **7015/2022**

Nº de Resolución: **409/2025**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 409/2025

Fecha de sentencia: 07/05/2025

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 7015/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/05/2025

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sección Segunda Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 7015/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 409/2025

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta, presidente

D. Antonio del Moral García

D.ª Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 7 de mayo de 2025.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por el recurrente Letrado de la EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE SEVILLA, contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 22 de julio de 2022, que absolió a los acusados Obdulio , Segismundo , Pascual , Silvio , Gervasio , Roberto , Valentín , Rubén , Vidal y Jose Manuel , de los delitos de cohecho activo y fraude a las administraciones públicas. Habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y los recurridos acusados D. **Obdulio** representado por la Procuradora Dña. María Otilia Esteban Gutiérrez y bajo la dirección Letrada de D. Jesús Fernández Faz; D. **Segismundo** representado por la Procuradora Dña. Olga Martín Márquez y bajo la dirección Letrada de D. José Luis Rojas Pozo; D. **Pascual** representado por la Procuradora Dña. Mónica Ana Liceras Vallina y bajo la dirección Letrada de Dña. M^a Isabel García Herrero; D. **Silvio** representado por el Procurador D. Gonzalo Santos de Dios y bajo la dirección Letrada de D. Fernando Muñiz Zubeldía; D. **Gervasio** representado por el Procurador D. Jorge Deleito García y bajo la dirección Letrada de D. Emilio Moreno de LLamas; D. **Roberto** y **Valentín** representados por el Procurador D. Ignacio Melchor de Oruña y bajo la dirección Letrada de D. Álvaro Moreno Odero; D. **Rubén** representado por la Procuradora Dña. Rosa Martínez Serrano y bajo la dirección Letrada de D. Pablo **Pérez Martínez** representado Luna Quesada; D. **Vidal** representado por la Procuradora Dña. Laura Argentina Gómez Molina y bajo la dirección Letrada de D. Antonio Fernández Quirós y D. **Jose Manuel** representado por el Procurador D. Pelayo Alejandro del Valle Alonso y bajo la dirección Letrada de D. Eduardo Prieto Sinuausia, y la también recurrida Acusación Particular Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Central de Instrucción nº 5 incoó Diligencias Previas con el nº 74/2015 contra Obdulio , Segismundo , Pascual , Silvio , Gervasio , Roberto , Valentín , Rubén , Vidal y Jose Manuel , y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que con fecha 22 de julio de 2022 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"1. Actividad ilícita de la sociedad FITONOVO

1.1. La sociedad FITONOVO realizó una actividad planificada dirigida a adjudicarse por medios fraudulentos contratos públicos. Con este propósito, la dirección de FITONOVO SL creó una infraestructura tanto operativa como contable destinada a obtener contratos públicos irregulares, habilitando la estructura comercial de la empresa para conformar una red de contactos con determinados funcionarios o empleados públicos que les facilitaban dicha contratación, y creando una contabilidad paralela que se nutría de facturación falsa para, entre otros fines, financiar el pago de dádivas a funcionarios o empleados públicos.

Dicha actuación perjudicó en ocasiones a las sociedades que de forma legal pretendían participar en la contratación pública pero que no tuvieron posibilidad de resultar adjudicatarias al estar en franca desventaja por las prácticas corruptas de la trama.

La empresa FITONOVO SL tenía constituida una caja B que se nutría fundamentalmente de facturación falsa de empresas suministradoras o proveedoras, que se registraban en la contabilidad oficial aparentando compras de suministros o de servicios. Asimismo, existían facturas por servicios prestados a particulares que pasaban directamente a la caja B de manera íntegra. Incluso habían acudido a personas que cobraban una comisión por conseguir facturas a dicha empresa.

Los principales medios empleados por FITONOVO para conseguir sus objetivos fueron los siguientes:

1.- Pago de comisiones, en forma de entregas de efectivo o regalos, a funcionarios o autoridades para lograr la adjudicación de los contratos públicos o para, una vez adjudicados, ejecutarlos, con mejor trato de dichos funcionarios, o sin que éstos pusieran inconvenientes a FITONOVO, o abiertamente incumpliendo los términos del contrato en beneficio de la empresa y perjudicando a la administración, a la que en ocasiones se facturaban servicios o trabajos no realizados.

2.- En contratos restringidos, donde es la Administración la que habilita a las empresas a presentar una oferta a un contrato público y en los que la ley prevé que al menos se consulte con tres empresas, se establecía, en connivencia con el funcionario, una concurrencia ficticia en la que formalmente aparecían tres empresas distintas pero que en realidad actuaban en unidad de dirección con FITONOVO SL, fijando unas ofertas de las que siempre salía adjudicataria esta empresa.

3.- En otro tipo de contratos, donde la presentación de ofertas era abierta, los medios de los que se servían para obtener los contratos o para obtener un lucro ilícito eran:



a) Obtención de información privilegiada de los contratos, conociendo de antemano los pliegos de condiciones técnicas o administrativas o las ofertas presentadas por otras empresas, lo que les permitía articular las ofertas en condiciones ventajosas, ya sea porque se las facilitaban antes de su publicación o porque intervenían en su elaboración. Esta información procedía de los funcionarios "en nómina" que tenía FITONOVO SL, quienes prevenían a la empresa de la próxima salida del procedimiento y de las condiciones de la misma.

b) Obtención de información de otras empresas facilitadas por funcionarios.

c) Elaboración de ofertas deliberadamente falsas que, conformando la oferta aparentemente más ventajosa para la administración, no existía voluntad de cumplir, alterando la ejecución del contrato en términos más ventajosos para la empresa y alejándose de lo comprometido con la administración, con la colaboración del funcionario que debía velar por la correcta ejecución de los contratos.

d) Valoración de los contratos: en los procedimientos de contratación abiertos, otra forma de condicionar la adjudicación en su favor consistía en actuar en connivencia con los funcionarios que tenían que valorar las ofertas o con sus superiores, logrando que la oferta de FITONOVO SL fuera la más favorecida en aquellos criterios de valoración que son subjetivos y que dependen de la apreciación subjetiva del funcionario que realizaba la valoración.

e) Falsificación de las certificaciones por los trabajos realizados, facturando trabajos no realizados o imputando un coste superior al real para de ese modo obtener un beneficio ilícito o para financiar la cantidad que se entregaba al funcionario.

f) Articulación de UTEs falsas o uso de empresas pantalla: al objeto de acaparar un mayor número de contratos y evitar que la adjudicación frecuente de a) contratos pudiera inclinar a la Administración a favor de otra empresa o generar alguna reacción por parte de otros licitantes, FITONOVO SL hacía participar en los procedimientos a empresas que estaban controladas por la trama o que, en realidad, eran actores de paja que cedían la adjudicación y/o ejecución del contrato a FITONOVO SL.

g) Acuerdos para repartirse el mercado con empresas directamente competidoras. En otros casos se llegaban a acuerdos para repartirse la contratación pública con empresas competidoras, llegando a acuerdos sobre las ofertas a presentar, los contratos de los que resultaría adjudicataria cada una, o la subcontratación de los trabajos una vez adjudicados.

h) Fraude en la ejecución del contrato, sobre todo cuando FITONOVO SL concurría como subcontratista de otra empresa adjudicataria, pagando comisiones a los representantes de la contratista y a los funcionarios para realizar menos trabajo del contratado, o para no tener problemas con los trabajos realizados.

Dado que el pago de comisiones a funcionarios como compensación de las conductas anteriores no podía justificarse de forma lícita, la empresa constituyó una caja B con la que pagar las comisiones entregadas a los funcionarios o para pagar regalos que se le hacían a éstos. Además, se empleó con otros propósitos del mismo modo irregulares, como el pago de salarios en B a trabajadores de FITONOVO, el pago de gastos personales, financiación ampliaciones de capital de otras sociedades pertenecientes a la trama, etc.

La constitución de FITONOVO como empresa legalmente constituida que trabajaba en un sector comercial legal podía llevar a considerarla como una empresa que actuaba en el tráfico jurídico con normalidad. Sin embargo, la prolongación en el tiempo de las prácticas de corrupción (desde 1995 hasta 2013), el amplio ámbito territorial afectado y la multitud de administraciones y funcionarios implicados llevan a concluir que las prácticas delictivas vinculadas a la obtención fraudulenta de contratos, tanto administrativos como privados, eran un elemento nuclear de la actividad de la empresa, hasta tal punto que ésta puede entenderse como un velo societario de dicha actividad criminal.

La entrega de comisiones se ha prolongado durante al menos quince años, afectando a múltiples Administraciones, tanto estatales como autonómicas y locales, e involucrando a un elevado número de funcionarios y autoridades. Así, crearon una trama societaria que, en paralelo a una actividad comercial legal, se ocupaba de acaparar contratos públicos usando medios ilícitos, causando grave daño al interés público, por cuanto pervirtieron numerosos procedimientos de contratación en detrimento de las arcas públicas y del interés público en una adecuada prestación de los servicios, además de un grave daño al orden socioeconómico, al perjudicar a las sociedades que de forma legal pretenden participar en la contratación pública, pero que no tienen posibilidad de resultar adjudicatarias al estar en franca desventaja por las prácticas corruptas de la trama.

Además, la dirección de la trama criminal creó otras empresas (FIVERDE, AGROPOMBO, ANCORO, GRANTALIS, etc.) que emplearon, ya como sociedades patrimoniales donde residenciar sus ganancias, ya como sociedades pretendidamente comerciales, pero que se empleaban para articular concurrencias ficticias en procedimientos



públicos de contratación o para adjudicaciones públicas cuando no era deseable que apareciera como tal la sociedad FITONOVO.

Dado que el pago de comisiones a funcionarios como compensación de las conductas anteriores no podía justificarse de forma lícita, el mecanismo establecido para el pago de los sobornos constituía otro importante engranaje de la trama criminal. Para ello, la empresa FITONOVO tenía constituida una caja B que se nutría de facturación falsa con un gran número de empresas suministradoras o proveedoras de FITONOVO SL. Este tipo de operaciones se registraban en la contabilidad oficial aparentando compras de suministros o de servicios.

En términos generales, a dichos proveedores se les pagaba sólo la parte de IVA correspondiente a las facturas realizadas, o se entregaba la cantidad íntegra de la factura, siendo devuelta a posteriori por el proveedor la cantidad correspondiente a la base imponible. Asimismo, existían facturas por servicios prestados a particulares que pasaban directamente a la caja B de manera íntegra. Cada vez que se reintegraba dinero de la caja B, se expedía por el responsable de su gestión el correspondiente recibo de entrega, que era firmado por el directivo o empleado que iba a usar el dinero.

Las importantes sumas de dinero que nutrían la caja B de la empresa se utilizaban también para otros usos distintos del pago de sobornos a funcionarios. La dirección de FITONOVO SL, al igual que había orquestado la formación de la citada caja B para, entre otras funciones, pagar cohechos a autoridades y funcionarios públicos, también estuvo de forma continuada reintegrando al tráfico jurídico ordinario las cantidades obtenidas de manera ilícita a través de la constante facturación falsa de proveedores, y ello lo hicieron acudiendo a ampliaciones de capital, constitución de nuevas sociedades, inversiones en bienes muebles e inmuebles y activos financieros.

Así pues, la caja B servía además para los siguientes fines:

- a) Generar gastos que disminuían los beneficios de la sociedad (con la consiguiente reducción de los tributos a pagar a la Hacienda Pública).
- b) Pagos de salarios en B de trabajadores.
- c) Constitución de nuevas sociedades.
- d) Adquisición de diferentes bienes y realización de inversiones.
- c) Pago de dividendos, a favor fundamentalmente del Sr. Julio . Mediante esta vía, en el periodo 2003-2010, se reintegraron al tráfico económico 2.483.936€. como reparto de dividendos, procedente de la Caja B de FITONOVO SL.

1.2. Constitución, composición y funciones de los miembros de la trama criminal de FITONOVO.

La trama criminal se sustentaba fundamentalmente en la contratación pública corrupta con diferentes Administraciones Públicas. Para ello acudían sistemáticamente a prácticas corruptas con autoridades y funcionarios públicos, que pudieran favorecer la adjudicación de contratos públicos o la obtención de ventajas ilícitas en su ejecución, permitiendo en este último caso que se realizaran menos trabajos de los facturados o que se ejecutaran de forma distinta de la contratada. La contraprestación era la entrega periódica de dinero, regalos, pago de viajes, servicios, obras en sus casas, etc.

La trama criminal estaba integrada por la dirección de FITONOVO, así como por los empleados y asesores que, dentro de la red comercial u operativa de la empresa, actuaban de interlocutores de la misma ante la Administración. Colaboraban con la misma las autoridades y funcionarios públicos que, a cambio de contraprestaciones, favorecían desde el ámbito público a la trama, y las distintas empresas que facilitaban a FITONOVO la facturación falsa con la que financiar la actividad ilícita de la misma o se prestaban a concurrir fraudulentamente a adjudicaciones públicas.

Existía por tanto una estructura jerárquica, en la que la dirección de FITONOVO era la que impartía las instrucciones sobre a qué procedimientos de contratación concurrir, cómo articular la estrategia para lograr la adjudicación, en qué casos se debían pagar comisiones y su cantidad, y la que había diseñado e implantado la metodología para nutrir la contabilidad B de la empresa, con la que financiar la actividad ilícita, y los artificios contables para hacerlo posible.

La dirección de la empresa fue desempeñada desde su fundación por el acusado D. Julio hasta su progresiva sustitución por su hijo, el acusado D. Onesimo , quien había ido asumiendo responsabilidades crecientes en la empresa desde el año 2007. No obstante, D. Julio junto a su esposa, continuaban siendo propietarios al 50% de la empresa.



D. Julio era el dueño de la empresa y ejerció como administrador solidario junto a su esposa, desde 1996 y durante la mayor parte de su vida societaria y por ende del periodo investigado, siendo el artífice del diseño e implantación de la arquitectura comercial y contable pensada para acaparar el mercado de la contratación pública de forma ilícita.

D. Onesimo asumió la dirección de la misma desde el año 2007, aun no siendo inscrito su nombramiento hasta el año 2011 (fue nombrado administrador único el 20.04.2011). Además de su participación y conocimiento de las conductas anteriores como administrador de hecho de la empresa, continuó con las prácticas irregulares establecidas por su antecesor como estrategia criminal.

Integraban también la dirección de la empresa y de la trama criminal los acusados D. Salvador , Director comercial, y el adjunto a la Dirección, el acusado D. Pio .

D. Salvador , como Director comercial y responsable de las líneas de negocio de la empresa (control de vegetación y taludes) tenía a su cargo a la mayor parte de los comerciales y buena parte de los contratos de la Administración estaban bajo su supervisión directa.

D. Pio ejerció de adjunto a la dirección y persona de total confianza de D. Julio . Tenía la máxima responsabilidad y control detallado de la caja B en la que se adeudaban las supuestas comisiones ilegales y era una pieza fundamental en el funcionamiento de este artificio contable para la generación de dinero negro de la empresa, llevando la coordinación con las empresas factureras. Además, se hacía cargo de la entrada del dinero cuando recibía instrucciones al respecto de la dirección de la empresa, contribuyendo a la materialización de las mencionadas comisiones ilegales, llevando un control exhaustivo de las mismas.

La dirección decidía las operaciones que la empresa debía acometer, autorizando cuando era preciso el pago de comisiones a funcionarios, o incluso materializando dichos pagos cuando, por el perfil del funcionario, se entendía que el interlocutor debía ser un directivo de la empresa. En función de las líneas de negocio o de la afinidad de cada directivo con los interlocutores en cada administración, existía un reparto de áreas de cada uno.

Por tanto, toda la ideación y ejecución de la trama la llevaron a cabo los mencionados directivos de FITONOVO, junto con los acusados en otro proceso:

Julio , Onesimo , Salvador y Pio , de manera que en todos los ilícitos que se describen en esta pieza tuvieron participación dichos acusados, autorizando los pagos a los funcionarios públicos y en general, todas las acciones que se llevaron a cabo.

2. ACTIVIDADES REALIZADAS EN LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR LOS ACUSADOS

2.1 DELEGACIONES TERRITORIALES Y ADMINISTRACIONES LOCALES

2.1.1 Ministerio de Fomento. Cádiz

Los directivos de FITONOVO SL, a través del acusado Sr. Salvador , abonaron, en concepto de ilícita comisión por favorecer FITONOVO SL en la adjudicación o en la ausencia de supervisión en la ejecución de contratos, al funcionario del Ministerio de Fomento en Cádiz, D. Obdulio , concretamente 810 euros el día 19 de enero de 2007 y 575 euros el día 14 de diciembre de 2007, coincidiendo dichos pagos con un incremento de la facturación de FITONOVO SL a dicho organismo.

El importe total de lo entregado asciende a la cantidad de 1.385 euros, y consta en la contabilidad B de FITONOVO SL.

El Sr. Obdulio participó en contratos públicos adjudicados a FITONOVO SL. En concreto, participó en la fiscalización de los trabajos realizados en 2007, mismo año en el que constan los pagos procedentes de FITONOVO SL.

Dichos hechos están prescritos. Tal y como también se reconoció en la sentencia 5/2022 del Procedimiento Abreviado 4/2019 dictada por la Sección 1^a de esta Audiencia Nacional.

2.1.2 Ministerio de Fomento. Andalucía Occidental

No se ha probado en el presente proceso que los directivos de FITONOVO SL, a través del acusado Sr. Salvador y su comercial, Sr. Damaso , abonaran al Jefe de Planeamiento de la demarcación de Carreteras de Andalucía Occidental del Ministerio de Fomento, D. Segismundo , la suma de 20.000€ por facilitar la ejecución del contrato de obra de estabilización de un talud del punto kilométrico 1 ,150 de la N-352 de Ceuta, contrato adjudicado a FITONOVO SL el 21.02.2011.

Tampoco se ha acreditado, que se realizara un primer pago de 16.500€ el 15.04.2011 y 3.500 € el 24.01.2011.



2.1.3 Ministerio de Fomento. Huelva

Los directivos de FITONOVO SL, a través del acusado Sr. Salvador , entre los años 2003 y 2008, abonaron en concepto de dádivas al Ingeniero Técnico de Obras Públicas de la Unidad de Carreteras del Ministerio de Fomento en Huelva, D. Pascual , la suma de 67.336,89C, por favorecer a FITONOVO SL en la ejecución de los trabajos, bien realizando menos tramos de los contratados, con menos personal o de forma diferente permitiendo un beneficio (ahorro) a FITONOVO SL costeado por las arcas públicas de donde saldría finalmente el importe de la comisión.

En el ejercicio de sus funciones, Pascual firmaba los conformes a las facturas presentadas por las mercantiles adjudicatarias de contratos menores de obras, habiendo autorizado facturas correspondientes a FITONOVO SL por importe de 371.456,59 euros entre 20-10-2003 y el 05-11-2008 (se jubiló el 11-03-2009).

Dichos hechos están prescritos. Tal y como también se reconoció en la sentencia 5/2022 del Procedimiento Abreviado 4/2019 dictada por la Sección 1^a de esta Audiencia Nacional.

No se ha acreditado en el presente juicio que los directivos de FITONOVO SL abonaron dádivas a D. Silvio , Técnico superior de personal laboral, de la Unidad de Carreteras de Huelva, Demarcación de Carreteras del Estado en Andalucía Occidental, dependiente de la Dirección General de Carreteras (Ministerio de Fomento), cuyo cometido se circunscribía a la fiscalización de los trabajos que debía ejecutar FITONOVO SL.

Aunque la contabilidad B de FITONOVO SL reflejaba la existencia de diversos pagos en efectivo, llegando a alcanzar una cantidad anual de entre 1.500 a 2.000€, en dos o tres ocasiones, ascendiendo el total de los abonos efectuados al imputado entre 2004 y 2012 la suma de 5.800€, no se ha acreditado en el presente proceso que en ningún momento dichas cantidades llegaran a poder del acusado.

En la sentencia 5/2022 del Procedimiento Abreviado 4/2019 dictada por la Sección 1^a de esta Audiencia Nacional, tales hechos se declararon prescritos.

2.1.4 Diputación de Sevilla

No se ha probado que los directivos de FITONOVO SL abonaran al Ingeniero Jefe del Servicio de Carreteras y Movilidad de la Diputación de Sevilla, D. Gervasio , la suma de 111.822 euros, incluyendo algún regalo de telefónica y trabajos realizados en su finca, en concepto de dádivas o regalos desde el año 2000 al año 2011 por favorecer a FITONOVO SL en la ejecución de los contratos, ya fuera en la realización de menos metros de tratamiento y desbroces realizados o en los distintos medios empleados.

Asimismo los directivos de FITONOVO SL ordenaron el pago en concepto de dádivas al Ingeniero Jefe del Servicio de Infraestructura municipal de la Diputación de Sevilla D. Valentín , por haber favorecido indiciariamente a FITONOVO SL en la adjudicación y/o ejecución de contratos de obra de la Diputación de Sevilla, de forma que desde el año 2003 al 2009 recibió comisiones por importe de 17.221 €. Dichos pagos son coincidentes con los contratos de construcciones de Puntos Limpios en los municipios de la Luisiana y Pruna en 2006, por importe de 138.000€ cada uno de ellos, la instalación de varios parques geriátricos en la provincia en 2007 por importe de 180.000€, y las mismas obras en 2008 por 175.313 €, así como la restauración del margen fluvial del río Carbones de Cazalla de la Sierra entre 2007 y 2008 por importe de 143.000€.

Valentín acudió a FITONOVO SL para la compra de su vehículo Ford Mondeo NUM001 en el año 2001 con el que se ahorraría el importe del IVA (2.281 €) y el descuento de flota, y asimismo, en 2006, habría ocurrido lo mismo con el vehículo de su hijo, Toyota Cerolla NUM000 , ascendiendo el IVA a 1.873 €, el cual además fue empleado de FITONOVO SL.

Roberto , Ingeniero de Obra Civil de la Diputación de Sevilla, puesto de común acuerdo con Valentín recibieron de FITONOVO SL pagos de comisiones comunes por facilitar a dicha entidad la adjudicación de ejecución de contratos; como en la obra de alcantarillado del Parque de María Luisa en la que ambos ingenieros participaron. De esta forma ambos compartieron al menos la suma de 25.400 € desde 2008 a 2010. En 2007, el 14-12-2007 recibió directamente Roberto la suma de FITONOVO SL de 12.000 €.

Siendo en ambos casos, y concretamente en el caso de Roberto , que las únicas referencias del año 2010 que consta en las actuaciones en general, y más concretamente en el documento denominado LIBRO DIARIO 2003-2012, son las siguientes:

- 12-02-2010 VENTAS Valentín Y Roberto .
- 12-03-2010 VENTAS PARQUE M.º LUISA.

Los hechos relativos al Sr. Valentín y Roberto están prescritos, tal y como también se reconoció en la sentencia 5/2022 del Procedimiento Abreviado 4/2019 dictada por la Sección 1^a de esta Audiencia Nacional.



2.1.5 Diputación de Jaén

Los directivos de FITONOVO SL a través de su empleada Dña. Flor , abonaron en concepto de regalos al funcionario de la Diputación de Jaén D. Rubén , Jefe del Servicio de Infraestructuras de la Diputación de Jaén, por favorecer a FITONOVO SL en la adjudicación y/o ejecución de contratos, la suma de 852,2€ en diversos artículos de informática entre 2.005 y 2.008, coincidiendo que el año en el que se realiza el primer regalo, la sociedad FITONOVO SL incrementa notablemente el volumen de facturación con la Diputación.

El Jefe de Servicio de Infraestructuras de la Diputación de Jaén, Rubén , desde marzo de 2005 a febrero de 2008 recibió regalos o dádivas de FITONOVO S.L. (en contabilidad "MACRUZ-DIP) por favorecer la adjudicación de contratos y/o su ejecución. Recibió regalos por importe de 852,28 €, concretamente:

- 15-03-2005 Pocket PC, valorado en 680,00 €.
- 24-01-08, HDD externo SATA USF, valorado en 86,36 €.
- 01-02-08, material informático, valorado en 68,10 €.
- 08-02-08, cable digital óptico, valorado en 14,61 €.

El 25-07-2011 se recibió la invitación para un procedimiento negociado sin publicidad, obra 12.280.990.0076 denominada "Tratamiento de márgenes en la red viaria provincial en Diputación Provincial", correspondiente a la Diputación de Jaén, el presupuesto era de 183.635 euros.

Cuando comienzan los regalos a Rubén en el año 2005 comienzan a incrementarse la facturación de FITONOVO SL en la Diputación de Jaén:

- 2003, 48.080 €.
- 2004, 59.184 €.
- 2005, 119.499 €.
- 2006, 109.458 €.
- 2007, 178.637 €.
- 2008, 60.522 €.
- 2009, 0 €.
- 2010, 326.120 €.
- 2011, 466.574 €.

Los pagos resultan acreditados por las correspondientes facturas y anotaciones manuscritas en las mismas, indicando el destinatario, además del programa de contabilidad de la Caja B (FITONOVO SL).

En definitiva, en relación con la adjudicación de los trabajos de tratamientos de márgenes en las carreteras de la Diputación de Jaén, en su mayoría fueron adjudicados por procedimiento negociado sin publicidad, y fueron invitadas sociedades de relleno junto a FITONOVO SL o concertadas con ésta y actuando siempre en unidad de propósito de modo que la concurrencia fue siempre ficticia. Siempre se invitaba a las mismas empresas y se adjudicaba a empresas relacionadas con el grupo o intereses de FITONOVO SL y CONVERSA SL con los representantes del área de infraestructuras municipales de la Diputación de Jaén, para que se invitase siempre a las mismas empresas, que se ponían de acuerdo entre ellas para fijar los precios de licitación de cada una y de esta forma resultar adjudicataria cualquiera de las tres, siendo ejecutados los trabajos en todo caso por personas y con los medios materiales técnicos de Fitonovo SL. Dichos hechos están prescritos. Tal y como también se reconoció en la sentencia 5/2022 del Procedimiento Abreviado 4/2019 dictada por la Sección 1ª de esta Audiencia Nacional.

Vidal , Técnico de Conservación de Carreteras del Ministerio de Fomento de Jaén, recibió de la empleada de FITONOVO SL, Dña. Flor , en el periodo comprendido entre marzo de 2006 y noviembre de 2008, los siguientes objetos a cambio de favorecer a la empresa en la ejecución de los trabajos contratados:

1. Una vídeo cámara entregada a D. Vidal , fue adquirida por Fitonovo por el importe de 1.499 €, según factura, indicándole el propio técnico a la empleada de Fitonovo, que su precio lo pagarían incrementando el importe de la próxima factura de obras que Fitonovo tenía.
2. Un pago de 914,84 € el 12-04-06.
3. Estancia en Madrid por importe de 81,08, el 3-10-06.



4. Un regalo de caviar por importe de 115 € en Navidad de 2008.

El importe total de lo entregado asciende a 2.609,92 € consta en la contabilidad B de Fitonoco SL.

Los hechos respecto al Sr. Vidal están prescritos, tal y como también se reconoció en la sentencia 5/2022 del Procedimiento Abreviado 4/2019 dictada por la Sección 1^a de esta Audiencia Nacional.

2.1.6 Diputación de Córdoba

Los directivos de FITONOVO SL, entre diciembre de 2006 y 2009, abonaron a D. Íñigo , Jefe de la Sección de Conservación de Carreteras de la Diputación de Córdoba, regalos por valor de 2.984,846 consistentes en un portátil Sony; en fecha 12.12.2006 por importe de 1.436,84C, un teléfono HTC por importe de 352€; el 18.12.2007, alojamiento en el hotel Occidental de Sevilla durante los días 26 a 28.12.2008 por importe de 861€, caviar por importe de 115€ también en dicha navidad y el 28.08.2009 la limpieza de su piso por importe de 220€.

Dichos hechos están prescritos.

2.1.7 Ayuntamiento de La Carolina

El Sr. Jose Manuel , mayor de edad y sin antecedentes penales, desempeñó el cargo de concejal del Ayuntamiento de La Carolina (Jaén), durante la legislatura de los años 2007 a 2011, si bien solamente a partir del mes de octubre de 2009, desempeñó funciones de gobierno local con competencia en las áreas municipales de Deportes, Festejos, Turismo, Comercio, Asociaciones no vecinales, Salud, Servicios y relaciones institucionales y vivienda. Desde el mes de julio de 2011, en una segunda legislatura, fue nombrado segundo teniente de Alcalde.

No se ha acreditado que los directivos de FITONOVO SL pagaran al Concejal de Deportes del Ayuntamiento de La Carolina, D. Jose Manuel , en compensación por la adjudicación de contratos públicos a favor de FITONOVO SL, la suma de 38.929,62€".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó la siguiente Parte Dispositiva: FALLAMOS:

"Que debemos absolver y absolvemos a:

- Obdulio , de los delitos de cohecho de los artículos 425 y 426 del Código Penal que se le imputaba.
- Segismundo , de los delitos de cohecho propio, cometido por funcionario público y fraude a las administraciones públicas que se le imputaban.
- Pascual , del delito de cohecho previsto en el 426, en relación con el artículo 74, del Código Penal que se le imputaba.
- Silvio , de los dos delitos continuados de cohecho activo, cometidos por funcionario público, que se le imputaban.
- Gervasio , del delito de cohecho previsto en el 426 del Código Penal que se le imputaba.
- Roberto , de los delitos de cohecho que se le imputaban.
- Valentín , de los delitos de cohecho que se le imputaban.
- Rubén , del delito de cohecho que se le imputaba.
- Vidal , de los delitos de cohecho que se le imputaban.
- Jose Manuel de los dos delitos continuados de cohecho activo, cometidos por funcionario público, que se le imputaban.

Se declaran las costas de oficio.

Notifíquese la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme, ya que contra la misma puede interponerse recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la última notificación practicada de la presente resolución".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por el Letrado de la **Excma. Diputación Provincial de Sevilla**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de la **EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE SEVILLA**, lo baso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:



Primero.- LECrim Artículos 849 y 852. Por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española, derecho a la tutela judicial efectiva, y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Segundo.- LECrim 849.2 Error en la apreciación de la prueba. Dice la Sentencia 15/2022 que se impugna: "2.1.4 Diputación de Sevilla. No se ha probado que los directivos de FITONOVO SL abonaran al Ingeniero Jefe del Servicio de Carreteras y Movilidad de la Diputación de Sevilla, D. Gervasio , la suma de 111.822 euros, incluyendo algún regalo de telefónica y trabajos realizados en su finca, en concepto de dádivas o regalos desde el año 2000 al año 2011 por favorecer a FITONOVO SL en la ejecución de los contratos, ya fuera en la realización de menos metros de tratamiento y desbroces realizados o en los distintos medios empleados".

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose asimismo por instruida la Abogacía del Estado y las representaciones de los recurridos acusados, que impugnaron y subsidiariamente solicitaron la desestimación del recurso, quedando concluso los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 6 de mayo de 2025, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de por la representación de la Diputación de Sevilla, contra la sentencia de 22 de julio de 2022, dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por delitos de cohecho y fraude a las administraciones públicas.

SEGUNDO.- 1.- Al amparo del art. 852 LECRIM fundada en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 CE.

La parte recurrente se personó como perjudicada en las actuaciones después del trámite de calificación y antes del comienzo de la vista oral. Sostiene que la sentencia vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva al no tener en cuenta su escrito de calificación -presentado al inicio de la vista oral- en el que se adhiere al presentado por el Fiscal con algunas especificaciones, como el ejercicio de la acción civil en la cuantía mencionada.

Hay que apuntar que señala el recurrente que "estuvo personada en la causa del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, dictada en las Diligencias Previas nº 4720/13, y se tuvo a esta acusación particular por personada, sin embargo por el Juzgado de Instrucción nº 5 Diligencias Previas nº 74/2015 en el que se continuó la tramitación de las seguidas por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla, por un error judicial no se nos confirió plazo para formular escrito de acusación previo a dictarse el Auto de apertura de juicio oral. Dicho error causó indefensión y vulneró el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva."

Pero se añade a continuación que "No queriendo provocar una nulidad de actuaciones, pese a ese grave vicio procesal, nos personamos ante la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la causa seguida con el nº 11/2019, entre otras, dimanantes de las citadas Diligencias Previas nº 74/2015 del Juzgado Central de Instrucción nº 5."

Sin embargo, no puede pretenderse sostener en esta sede una nulidad de actuaciones que si la recurrente entiende que procedía en su momento se aquietó al proceder de la causa, por lo que es correcta la limitación en su intervención, por cuanto el art. 110 , párrafo 1º LECRIM señala respecto a las posibilidades de los perjudicados que "Si se personasen una vez transcurrido el término para formular escrito de acusación podrán ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas".

Es lo que en este caso ocurrió. La recurrente se aquietó y nada sostiene al respecto, por lo que no puede haber personación al inicio del juicio oral ya para realizar escrito de calificación, ya que lo tuvo que ser en su momento por adhesión ex lege a la del Ministerio Fiscal.

Señala la sentencia de la AN ahora recurrida sobre la personación de la Diputación Provincial de Sevilla como acusación particular que:

"1. Legitimación de la Diputación de Sevilla para emitir escrito de calificación en el acto del juicio.

El artículo 109 bis de la Lecrim, introducido por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito establece, en el párrafo primero de su número 1, que: "Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación."



Además, que la propia Ley 4/2015, de 27 de abril, señala en su artículo 11, letra a), que toda víctima tiene derecho a ejercer la acción penal y la acción civil "conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de las excepciones que puedan existir".

A la vista de ambos artículos, el Tribunal Supremo en su Auto de 16 de noviembre de 2019 afirma que "ya no cabe sostener que el artículo 24 CE ha incidido en el artículo 110 LECRIM para flexibilizarlo."

Y continúa diciendo que "este argumento decae si ya contamos con una norma postconstitucional que ha reiterado el criterio del tradicional artículo 110 LECRIM: que la personación de la acusación particular se ha de realizar antes del inicio del trámite de calificación."

Además por otra parte matiza que "carece de sentido diseñar dos regímenes dispares según la acusación de que se trate: uno, basado en la interpretación flexible del artículo 110 LECRIM para la acusación popular; y otro, ajustado al tenor literal del nuevo artículo 109 bis LECRIM, que es el mismo que el del artículo 110 LECRIM (la personación se ha de realizar "antes del trámite de calificación del delito") para la acusación particular (cuando por definición es la persona ofendida o perjudicada por el delito -victima-)."

Y concluye diciendo que "La nueva regulación de la materia nos obliga a ceñirnos al tenor de los artículos 109 bis y 110 LECRIM en ambos casos y concluir que la personación de la acusación popular se debe realizar antes del trámite de calificación del delito."

2. Conclusión

A raíz de este Auto del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2018, se ha llevado a cabo un cambio de línea jurisprudencial que sólo permite la personación de la acusación particular en el proceso penal (o en su caso de la popular) antes del trámite de calificación del delito, de modo que habrá de rechazarse tal personación si se produjere en un momento posterior y sin que en ningún caso pueda entenderse que ello vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución.

Al dictarse auto de apertura de juicio oral en fecha 12 de febrero de 2019, las únicas partes acusadoras fueron el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, de manera que de conformidad con el artículo 110, tras la redacción de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, las partes que se "personasen una vez transcurrido el término para formular escrito de acusación podrán ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral *adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas*".

De manera que al apartarse la Diputación de Sevilla de las calificaciones a que se refieren las acusaciones personadas, su calificación aportada al inicio del juicio oral frente al Sr. Gervasio , sin perjuicio de lo que después se dirá, no puede ser tenida en cuenta. "

Debe ratificarse el argumento dado por la sentencia de la AN dado que, como apunta el Fiscal de la Sala, la pretensión de la recurrente instando la responsabilidad civil del Sr. Gervasio para que le indemnice en la cantidad de 111.822,61 euros en concepto de perjuicios sufridos no puede ser aceptada en ningún caso.

Hay que señalar que no cabe admitir una autonomía en la calificación de quien no se ha constituido en plazo como acusación y, por ello, solo le está permitido adherirse a las restantes acusaciones personadas, sin posibilidad de plantear peticiones que se extralimiten de aquellas; y, además, al no considerarse probado el hecho y la participación del Sr. Gervasio , y al haberse acordado su absolución, no puede establecerse responsabilidad civil alguna.

En cualquier caso, no se plantea por la recurrente en qué medida se produce una afectación a la tutela judicial efectiva, en cuanto al planteamiento alternativo que provocaría una indefensión material, por ejemplo en materia de negativa a una proposición de prueba que hubiera determinado la admisión del planteamiento distinto al formulado por las acusaciones.

De esta manera, no es suficiente la queja de la negativa a la admisión de la personación para enfocar una acusación alternativa a la del Fiscal. Y ello, habida cuenta que, ante la prueba practicada, el resultado ha sido el de la absolución de la persona frente a la que se dirige la reclamación de una responsabilidad civil que no aparece ante la inexistencia de la responsabilidad penal de la que podría derivar la responsabilidad civil.

Así, no se ha planteado en qué medida una proposición de prueba respecto al planteamiento que lleva a cabo hubiera determinado una solución distinta, al modo de la eficacia de la trascendencia de la inadmisión de la personación que se postula cuando no planteó temporalmente la nulidad que ahora pone "encima de la mesa" de la sede Casacional.

A lo que conduce la prueba practicada es a la absolución de la persona, sobre la que se entiende que debería abonar la responsabilidad civil, pero ante la inexistencia de la penal no procede la determinación de la misma



y no se colige en qué medida un medio probatorio distinto de los propuestos y practicados, hubiera alterado la fijación de una responsabilidad penal que hubiera traído la responsabilidad civil que se reclama.

No se ha constatado la existencia de la indefensión material que se predica.

Sobre la indefensión material recuerda esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 821/2016 de 2 Nov. 2016, Rec. 733/2016 que la doctrina constitucional (SSTC. 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo, entre otras muchas) recuerda que la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.

Es decir que "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (STC 185/2003, de 27 de octubre; y STC 164/2005 de 20 de junio).

Recuerda esta Sala de Tribunal Supremo en Sentencia 1683/2000 de 7 Nov. 2000, Rec. 1254/1999 que como señala el Tribunal Constitucional (por ejemplo en sentencia núm. 137/99, de 22 Jul) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo segundo del art. 24 de la Constitución Española ha de ser algo real y efectivo, nunca potencial o abstracto, es decir una indefensión material y no formal, para lo cual resulta necesaria, pero no suficiente, la concurrencia de un defecto o transgresión procesal, siendo además inexcusable que, de hecho y como consecuencia del mismo, se haya producido un menoscabo efectivo o denegación del derecho de defensa en relación con un concreto interés de quien invoca la indefensión.

También recuerda esta Sala de Tribunal Supremo en Auto 1100/2017 de 6 Jul. 2017, Rec. 612/2017 que el incumplimiento de un requisito procesal provoca la no producción del efecto que la ley prevé para el supuesto concreto dependiendo de la naturaleza del acto de que se trate y de su trascendencia. En este sentido ha de distinguirse entre la nulidad absoluta, contemplada en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando la omisión del requisito procesal suponga una violación de un derecho fundamental; la nulidad, contemplada en el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, siempre que efectivamente se haya producido indefensión; la anulabilidad, cuando la omisión del requisito no esencial se establezca como garantía del derecho de una de las partes del proceso; y la mera irregularidad, que no produce efectos sobre el acto procesal y son susceptibles, en su caso, de corrección disciplinaria al responsable (STS 501/2001 de 14 de marzo).

También esta Sala del Tribunal Supremo en Auto 2247/2006 de 2 Nov. 2006, Rec. 884/2006 recuerda que la Constitución prohíbe categóricamente la indefensión del justiciable, que se produce -según el Tribunal Constitucional- si se le priva de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos. Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, es necesario que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, es decir, que la vulneración de las normas lleve consigo la privación del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC nº 155/88 y nº 290/93, entre otras).

En el supuesto actual no cabe apreciar la concurrencia de la causa invocada para interesar la nulidad de todo el proceso. No se identifica en qué medida existe esa indefensión material que alega se determina por la no admisión de la personación al inicio del juicio oral, y en qué la basa respecto a la pretensión alternativa a la del Fiscal del derecho que reivindica.

Hemos señalado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 803/2022 de 6 Oct. 2022, Rec. 10119/2022 que:

"Como recuerda la STC 121/2009, para que exista una indefensión material con alcance constitucional la parte concernida debe justificar que era decisiva para la defensa, esto es, que hubiera tenido influencia decisiva en la resolución del asunto, lo que "...se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acreditó, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución final podría haberle sido favorable de haber admitido y practicado dichas pruebas.... ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso haber sido otro, si la prueba se hubiese admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa....".



Debe, por ello, explicarse en el recurso cuál fue la trascendencia de la inadmisión, o de qué se privó a la parte probar que hubiera sido "decisivo" a la hora de conseguir un fallo distinto al que se dictó. Y esto no ha ocurrido.

Con ello:

- 1.- La personación de la acusación particular se ha de realizar antes del inicio del trámite de calificación.
- 2.- Las partes que se personasen una vez transcurrido el término para formular escrito de acusación podrán ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas.
- 3.- Existe el derecho de personación en el proceso penal, pero "no en cualquier momento del proceso", sin que la exclusión como tal y la permisividad solo como adhesión al Fiscal suponga vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

4.- No puede existir "autonomía calificadora" si no hay personación en plazo.

5.- No cabe distinguir cuando se personan víctimas y perjudicados para ejercer la acción penal y civil: En ambos casos lo es *antes del trámite de calificación del delito*.

a.- Víctimas: El momento procesal último o *dies ad quem* para la personación de la víctima. El art. 109 bis LECrim. establece la posibilidad de que las víctimas que no hayan renunciado a su derecho puedan ejercer la acción penal en cualquier momento *antes del trámite de calificación del delito*, sin que quiera retrotraer ni reiterar actuaciones ya practicadas antes de su personación.

La doctrina recuerda que es un precepto nuevo en nuestra legislación procesal, salvo la referencia relativa a la legitimación como parte acusadora de la administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible.

b. Perjudicado: El derecho a la acción civil se circunscribe tras las reformas (Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio y Ley 4/2015, de 27 de abril) exclusivamente al perjudicado por el delito.

El art. 110 LECrim. reconoce, por su parte el ejercicio de la acción civil exclusivamente a los perjudicados por el delito. Las personas perjudicadas por un delito que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran *antes del trámite de calificación del delito* y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniera, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones.

Si se personasen una vez transcurrido el término para formular escrito de acusación podrán ejercitar la acción penal hasta el inicio del juicio oral adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas.

6.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 331/2023 de 10 May. 2023, Rec. 4539/2021:

"*Hay que señalar lo que está Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 766/2022 de 15 Sep. 2022, Rec. 3971/2020 señala en cuanto a que:*

"Es cierto que la doctrina mayoritaria define al ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo como el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. Normalmente coincidirán en una misma persona las cualidades de ofendido y perjudicado. Sin embargo, existen algunos supuestos en los que el sujeto ofendido por el delito y el que sufre las consecuencias perjudiciales del mismo no concurren. Sin embargo, la categorización de la denominación que se otorgue a quien desea comparecer y personarse en el proceso penal ejercitando la acción penal tiene un campo más amplio de cobertura desde que se ha admitido el concepto más propio de víctima del delito que resuelve esos límites que podrían darse a la hora de restringir la acusación particular al perjudicado por el delito y concederla solo al ofendido.

De esta manera la amplitud del concepto procesal de víctima permite individualizar cada caso para poder comprobar la posible admisión de la acusación particular a quien pretende sostener la reclamación civil y el reproche penal al mismo tiempo, por lo que abre una puerta a una práctica ya extendida de admitir al perjudicado esta vía de la acusación particular, pese a la confusión conceptual y de extensión de posibilidades que la norma procesal otorgaba en uno y otro caso, aunque con determinadas contradicciones, como la luego referida en losarts. 771.1,776y782.2 LECRIM.

Hay que tener en cuenta que, como ya hemos señalado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 109/2020 de 11 Mar. 2020, Rec. 2381/2018):

"El artículo 109 bis no tiene por objeto limitar los titulares de la acción penal, sino regular los derechos de las víctimas y de otros perjudicados por los delitos cometidos contra éstas. De hecho, como dispone el artículo



101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , "La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitárla con arreglo a las prescripciones de la Ley." Distinto es quién está legitimado para constituirse como parte acusadora en el procedimiento."

...si ceñimos la consideración a unos particulares de que solo son perjudicados por el delito, y no son víctimas ni ofendidos por el delito al objeto de limitar su comparecencia y personación solo para ejercer la acción civil y no la penal se está restringiendo de salida su tutela judicial efectiva.

Podríamos hablar, así, de una forma más genérica de "interesados" en el ejercicio de la acción penal, como un concepto más amplio y comprensivo del reconocimiento de esta legitimación para que, en casos como el que aquí nos ocupa, se reconozca esta legitimación para intervenir ejercitando la acción penalconcepto más aperturista de "victima" que incorpora también (el concepto de víctima) a quien padece un perjuicio patrimonial como consecuencia directa del delito, sin más condicionante que tratarse de una persona física. Por eso, hasta el alcance de las víctimas excede con creces los conceptos referidos: ofendido y acusador particular. Y por ese mismo motivo, al incluir en sí mismo la dualidad de agraviado y dañado, la noción de víctima también desborda el contenido de los conceptos del otro binomio: perjudicado/actor civil. De ahí que toda persona física perjudicada directamente (hasta los límites para la víctima indirecta) no pueda dejar de ser también víctima. Por ello, todas las víctimas se encuentran englobadas en la dualidad: ofendido y/o perjudicado.

Y se concreta que puede existir, sin embargo, a efectos prácticos, un aspecto en el que sí tenía trascendencia la distinción entre ofendido y perjudicado: la condición de los "herederos" o "sucesores", así como los familiares más cercanos y allegados de esa condición del ofendido o agraviado que fallecía o desaparecía a consecuencia del delito y que, a tenor de los cánones ortodoxos, por no ser ofendidos, no podían alcanzar la condición de acusadores particulares y se veían sometidos al estatus de acusador popular (aunque en este caso su legitimación sería ordinaria, art. 24.1 CE)."

Con ello, vemos que se tiende a una concepción aperturista de "victima" y a la no interpretación restrictiva a la hora de analizar la legitimación como acusación particular

7.- La personación de la acusación particular y popular se debe realizar antes del trámite de calificación del delito.

8.- La recurrente se aquietó a lo ocurrido y su personación es extemporánea, aunque reconociendo expresamente que *No queriendo provocar una nulidad de actuaciones, pese a ese grave vicio procesal, nos personamos ante la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en la causa seguida con el nº 11/2019 , entre otras, dimanantes de las citadas Diligencias Previas nº 74/2015 del Juzgado Central de Instrucción nº 5.*

No provoca en su momento la nulidad de actuaciones, pero la quiere provocar en esta sede casacional, ya que lo que postula lo es *anulando la sentencia recurrida en lo que a esta parte interesa, y adoptando la que proceda con arreglo a Derecho* cuando la parte que entienda vulnerado su derecho en el proceso debe llevarlo a cabo cuando la situación concurre, no cuando el juicio se ha celebrado y se ha dictado sentencia. No cabía, por ello, llevar a cabo una personación ex novo en el inicio del juicio oral no habiendo planteado temporalmente la nulidad que ahora se pretende, reconociendo que *No queriendo provocar una nulidad de actuaciones, pese a ese grave vicio procesal, nos personamos ante la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.*

En estos términos su posición procesal lo era de adhesión al Fiscal, es decir, "adhiriéndose al escrito de acusación formulado por el Ministerio Fiscal o del resto de las acusaciones personadas", sin poder llevar a cabo calificaciones autónomas que operaban con desviación de las posibilidades concedidas a quien plantea ser perjudicado y no ha expuesto la pretendida nulidad que ahora suscita en el momento en el que debió hacerlo si consideraba que tenía razón. No cabe hacerlo ahora ex post.

Pero, sobre todo, hay que reseñar que el fallo de la sentencia es absolutorio y lo que interesa la recurrente Diputación Provincial de Sevilla es que se resuelva condenar al Sr. D. Gervasio al pago como indemnización de daños y perjuicios en la cantidad de 111.822,61€, cantidad en la que ha sido cuantificada en las propias actuaciones el perjuicio causado a la hacienda de la Diputación Provincial de Sevilla por la comisión de los delitos que se le imputan.

Ello no puede ser llevado a cabo, porque esta persona ha sido absuelta, y si lo ha sido no cabe efectuar pronunciamiento alguno sobre responsabilidades civiles ante la absolución que se ha dictado por el tribunal de instancia.

No cabe, por ello, adherirse a la calificación del Ministerio Fiscal, y modificar las conclusiones según se estime y en contra de la prueba practicada en el plenario, por lo que no cabe una reclamación de condena en un "escenario de sentencia" en la que se ha absuelto a la persona a la que se reclama sea condenado al pago de



una responsabilidad civil. Y, además, y no menos importante, no se acredita en modo alguno la indefensión material que se predica en el motivo.

Por ello, debe desestimarse el motivo dado que solo le estaba permitido a la recurrente adherirse a las restantes acusaciones personadas, sin posibilidad de plantear peticiones que se extralimiten de aquellas; y, por otro lado, al no considerarse probado el hecho y la participación del Sr. Gervasio , y al haberse acordado su absolución, no puede establecerse responsabilidad civil alguna.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2º LECRIM por error en la apreciación de la prueba.

Consta en los hechos probados que:

No se ha probado que los directivos de FITONOVO SL abonaran al Ingeniero Jefe del Servicio de Carreteras y Movilidad de la Diputación de Sevilla, D. Gervasio , la suma de 111.822 euros, incluyendo algún regalo de telefónica y trabajos realizados en su finca, en concepto de dádivas o regalos desde el año 2000 al año 2011 por favorecer a FITONOVO SL en la ejecución de los contratos, ya fuera en la realización de menos metros de tratamiento y desbroces realizados o en los distintos medios empleados.

La parte recurrente considera como documentos literosuficientes:

1.- Escrito de conformidad.

2.- Sentencia nº 5/2022 dictada por la Sección 1ª en el procedimiento abreviado nº 4/2019, dimanante también de Diligencias Previas nº 74/2015, pieza principal y pieza sexta.

3.- El informe sobre pagos realizados por la sociedad FITONOVO S.L. a D. Gervasio , evacuado por el agente de la Unidad Central Operativa de Policía Judicial de la Guardia Civil con TIP número NUM002 derivado del análisis de los documentos, tanto en soporte papel como informático, intervenidos con fecha 9 de julio de 2013 y 16 de diciembre de 2013, durante las entradas y registro realizadas en las sedes de las sociedades FIVERDE S.L. y FITONOVO S.L.

4.- Documentos de la "Caja B" de la entidad FITONOVO SL, como venimos diciendo, de los que se deduce que los directivos de FITONOVO y D. Gervasio concertaron esta forma de generar los recursos con los que abonar la "comisión" acordada.

5.- Sentencia nº 5/2022 dictada por la Sección 1ª en el procedimiento abreviado nº 4/2019.

Lo que se reclama es que "se resuelva condenar al Sr. D. Gervasio al pago como indemnización de daños y perjuicios en la cantidad de 111.822,61€, cantidad en la que ha sido cuantificada en las propias actuaciones el perjuicio causado a la hacienda de la Diputación Provincial de Sevilla por la comisión de los delitos que se le imputan".

Planteándose el motivo por infracción de ley ex art. 849.2 LECRIM referente al pretendido error en la valoración de la prueba documental debe destacarse que esta vía impugnativa exige que el documento sobre el que gira el error valorativo debe ser "literosuficiente", no "cualquier tipo de documento", es decir, un documento que basta para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales. Y así, no cualquier documento, en sentido amplio, puede servir de base al Recurso, sino que el mismo ha de ser "literosuficiente", es decir, que haga prueba, por sí mismo, de su contenido, sin necesidad de otro aporte acreditativo ni valoración posterior.

Este es un motivo por error en la valoración de la prueba especial, propio y cualificado que exige un plus condicionado a la cita de documentos que deben tener el carácter de literosuficientes sin cuya cita decae la naturaleza propia de la queja casacional y no puede sustentarse el pretendido error en la valoración de la prueba si no se refiere directamente a documentos que acrediten de forma clara y evidente ese error valorativo. Pero es importante apuntar que no es posible referirlo a "cualquier documento", sino a los que tenga ese carácter de literosuficiente en el sentido de que puedan hacer valerse por sí mismos, no precisando de ninguna ayuda externa de carácter probatorio.

Con ello, es preciso fijar varias conclusiones de salida cuando se utiliza la vía del art. 849.2 LECRIM, a saber:

1.- El error de hecho en el que incurra el Tribunal, por no incorporar a su relato fáctico datos incontestablemente acreditados, esté fundamentado únicamente en documentos y no en otro medio de prueba.

2.- No vale cualquier documento, sino aquellos que tienen sui generis carácter casacional, y que se introducen en el proceso penal vía art. 726 LECRIM.



3.- Que se invoque y patentice el error de hecho en la apreciación de la prueba, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo de la sentencia, y por tanto, sea relevante y esencial para la resolución del caso, además de grave y evidente; adjetivos fundamentales para que pueda darse de manera trascendente la equivocación del juzgador, pues de lo contrario, estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios, o de cuestiones irrelevantes o accesorias para la condena o absolución, o para la cuantificación de la pena, lo que de por sí no autorizan a la anulación de la sentencia recurrida.

4.- Que se cite con toda precisión los documentos en que se recoja el motivo de casación, con designación expresa de los particulares concretos del documento donde aparezca o se deduzca inequívocamente el error del juzgador.

5.- Debe expresarse en el documento literosuficiente el dato erróneamente valorado, ya que los documentos suelen incorporar una amplia serie de datos y de no señalarse las partes del mismo donde se entiende por el recurrente que está el error, obligaría a esta Sala del Tribunal Supremo a adivinarlo, realizando una búsqueda diabólica o exagerada del mismo, lo que excede claramente de sus funciones.

6.- Una referencia genérica incumpliría el motivo casacional, pues no basta con la cita de los correspondiente folios sin designar particular alguno, pues no es de todo el documento donde se hace patente el error del juzgador, sino de un concreto extremo o punto del documento; lo contrario comportaría una nueva apreciación de la prueba.

7.- El documento en sí mismo debe acreditar el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado el órgano sentenciador.

8.- Además, este mismo documento debe acreditar la equivocación del Juzgador, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, sin necesidad de tener que recurrir a conjetas o complejas argumentaciones.

9.- Ese dato que el documento se pretende que se acredite, o no, no se debe encontrar en contradicción con otros elementos de prueba, ya que en esos casos no se trataría de un problema de error, sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal, porque puede que éste, atendiendo al principio de libre valoración de la prueba, haya formado su convicción sobre los hechos de otras pruebas ajenas al documento, y una vez razonado el porqué de ello en la sentencia, desvirtúen o dejen sin fuerza probatoria a los particulares contenidos en el mismo.

10.- Es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala Segunda, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

Del análisis de la mejor doctrina y la jurisprudencia de esta Sala sobre la alegación de este motivo casacional se pueden extraer los requisitos adicionales siguientes:

1.- El documento casacional debe tener un carácter extrínseco o externo a la causa, es decir, tener una procedencia y origen ajeno al proceso, y por tanto su producción y fabricación ha de resultar externa, aunque debe aparecer incorporado a los autos.

2.- No tienen carácter de documentos, ni las declaraciones testificales, ni la declaración del acusado, ni las diligencias policiales, el acta del juicio oral, o incluso los informes periciales, que con excepciones, no pierden su naturaleza de pruebas personales, aunque aparezcan documentadas en la causa. Esta excepcionalidad con que se reconoce la existencia de documento a efectos casacionales a determinados informes periciales, guarda relación con la forma en que se encuentran y aparecen en el proceso. Así, esta Sala del Tribunal Supremo ha reconocido dicho carácter, cuando el informe pericial se ubica sólo en la causa, y el juzgador se aparta y aleja de sus conclusiones de manera irracional, sobre todo en cuestiones que son comúnmente aceptadas por la comunidad científica, y donde hay un amplio consenso en la materia.

También lo ha reconocido, cuando existe un solo informe o dos o más coincidentes, y no existan otras pruebas en la causa, de suerte que sirven de base única a la formación de los hechos probados, pero son recogidos de manera parcial, incompleta o fragmentaria, modificando de forma relevante su sentido originario. De igual forma, cuando existen uno o varios dictámenes coincidentes y no concurriendo otra prueba sobre el hecho probado a esclarecer, se llega por el juzgador a conclusiones divergentes y contrarias a las establecidas en los informes, máxime si hablamos de datos objetivos que además precisan de especiales conocimientos científicos.



3.- Que el documento incorpore elementos objetivos y verificables sobre los hechos, al margen de las opiniones y valoraciones subjetivas. Tal es el caso de los croquis, planos, las huellas o fotografías de los atestados policiales, incorporadas a una investigación judicial sobre un determinado delito.

4.- Nuestro ordenamiento jurídico no contempla para la prueba documental, ni para ninguna otra, una valoración especial y privilegiada que sea de estimación obligatoria para el juzgador. Por tanto, en el proceso penal no hay pruebas exclusivas o excluyentes, todos los medios de prueba, si son legales desde la constitucionalidad o desde la legalidad ordinaria, son aptos para formar parte de ese acervo probatorio que debe ser valorado según la íntima convicción de los jueces, en base a las facultades que le atribuyen los arts. 741 LECrim, y 117.3 CE.

5.- La denunciada contradicción ha de venir referida a extremos esenciales, de reconocida trascendencia, que induzcan a un giro de verdadero sentido en las conclusiones fácticas a aceptar y tener por definitivas. No se trata de que los documentos a los que se alude pudieran dar pie, ocasionalmente, a unas conclusiones probatorias distintas de las alcanzadas por el Tribunal de instancia, sino de que, en realidad, se produzca una contradicción insalvable entre el contenido de aquéllos, de carácter fehaciente e inevitable, y las afirmaciones fácticas a las que llega la sentencia recurrida, de modo tal que se haga evidente el error de éstas, que no pueden apoyarse en otras pruebas, de la misma fuerza acreditativa, que desvirtúen válidamente la eficacia de aquellos documentos.

Los documentos referidos no tienen el carácter de literosuficientes. Pero es que, además, la clave es que en la sentencia se efectúa un análisis de la valoración probatoria en cuanto al Sr. Gervasio , y se recoge que:

Valoración de la prueba practicada en relación a D. Gervasio .

Al Sr. Gervasio , al que se le acusa de los delitos de cohecho y fraude en las administraciones públicas, en modo alguno se le pueden imputar los hechos a que se refieren los escritos de las acusaciones, puesto que habiendo solicitado en fecha 20 de febrero de 2017 a la Excma. Diputación Provincial de Sevilla a fin de que expediera certificación acreditativa de que la mercantil FITONOVO S.L. no resultó adjudicataria de ningún contrato de obras, ni de servicios con el Servicio de Carreteras y Movilidad del Área de Cohesión Territorial durante el periodo que el mismo desempeñó la jefatura del citado servicio, lo cierto es que dicha Certificación fue expedida el 22 de marzo de 2017 por el Secretario General de la Diputación Provincial de Sevilla por la que se acredita que durante el periodo de octubre de 1999 a noviembre de 2014, la entidad FITONOVO S.L., no aparece como adjudicataria de contrato alguno con el citado servicio de carreteras y movilidad del área de cohesión territorial en cuyo período fue jefe el Sr. Gervasio .

Del mismo modo, el informe de fecha 16 de octubre de 2018 expedido por la Subdirectora del Área de infraestructuras y equipamiento de la Diputación Provincial de Sevilla ampliatoria de la certificación emitida el 22 de marzo de 2017 por el Secretario General de dicha corporación acredita que las obras adjudicadas por la corporación provincial en el periodo de 1999 a 2014 a la entidad FITONOVO S.L., con CIF B41415809, cuya relación figura en dicho certificado, lo fueron en su totalidad a servicios independientes del Servicio de Carreteras y Movilidad.

Por encima de cualquier otra consideración, estas contundentes pruebas documentales acreditan más allá de toda duda que el Sr. Gervasio en el periodo citado por los escritos de acusación (año 2000 a 2011) fue totalmente ajena a los contratos y servicios en que hubiera actuado la entidad mercantil FITONOVO S.L. Y cualquier anotación que obrara en relación al mismo en la citada empresa decae ante la evidencia de la falta de relación de la misma por su actuación como funcionario y no enerva en modo alguno la realidad de dichas anotaciones no enervan la evidencia de que el Sr. Gervasio no tuvo relación alguna con la empresa FITONOVO S.L. durante el periodo citado, lo que provoca la falta de prueba de los delitos que se le imputaban y la procedencia de su absolución.

Con ello, hay dos documentos clave de inexistencia de responsabilidad valorados por el tribunal, pese a la cita de los documentos que cita el recurrente:

1.- Certificación fue expedida el 22 de marzo de 2017 por el Secretario General de la Diputación Provincial de Sevilla por la que se acredita que durante el periodo de octubre de 1999 a noviembre de 2014, la entidad FITONOVO S.L., no aparece como adjudicataria de contrato alguno con el citado servicio de carreteras y movilidad del área de cohesión territorial en cuyo período fue jefe el Sr. Gervasio .

2.- Informe de fecha 16 de octubre de 2018 expedido por la Subdirectora del Área de infraestructuras y equipamiento de la Diputación Provincial de Sevilla ampliatoria de la certificación emitida el 22 de marzo de 2017 por el Secretario General de dicha corporación acredita que las obras adjudicadas por la corporación provincial en el periodo de 1999 a 2014 a la entidad FITONOVO S.L., con CIF B41415809, cuya relación figura en dicho certificado, lo fueron en su totalidad a servicios independientes del Servicio de Carreteras y Movilidad.



Ante ello, la conclusión es demoledora: "Estas contundentes pruebas documentales acreditan más allá de toda duda que el Sr. Gervasio en el periodo citado por los escritos de acusación (año 2000 a 2011) fue totalmente ajena a los contratos y servicios en que hubiera actuado la entidad mercantil FITONOVO S.L. Y cualquier anotación que obrara en relación al mismo en la citada empresa decae ante la evidencia de la falta de relación de la misma por su actuación como funcionario y no enerva en modo alguno la realidad de dichas anotaciones no enervan la evidencia de que el Sr. Gervasio no tuvo relación alguna con la empresa FITONOVO S.L. durante el periodo citado, lo que provoca la falta de prueba de los delitos que se le imputaban y la procedencia de su absolución."

Por ello, se debe destacar el carácter de no literosuficientes de los documentos que se alegan y que la exposición del tribunal es determinante para excluir la responsabilidad que se reclama por la recurrente cuando, además, los hechos probados excluyen la responsabilidad.

Se recoge en la sentencia del tribunal que "al apartarse la Diputación de Sevilla de las calificaciones a que se refieren las acusaciones personadas, su calificación aportada al inicio del juicio oral frente al Sr. Gervasio, sin perjuicio de lo que después se dirá, no puede ser tenida en cuenta."

Consta en los hechos probados que:

No se ha probado que los directivos de FITONOVO SL abonaran al Ingeniero Jefe del Servicio de Carreteras y Movilidad de la Diputación de Sevilla, D. Gervasio, la suma de 111.822 euros, incluyendo algún regalo de telefónica y trabajos realizados en su finca, en concepto de dádivas o regalos desde el año 2000 al año 2011 por favorecer a FITONOVO SL en la ejecución de los contratos, ya fuera en la realización de menos metros de tratamiento y desbroces realizados o en los distintos medios empleados.

El motivo se desestima.

CUARTO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente. (art. 901 LECrim).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Acusación Particular Letrado de la EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE SEVILLA, contra sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 22 de julio de 2022, que absolvió a los acusados Obdulio, Segismundo, Pascual, Silvio, Gervasio, Roberto, Valentín, Rubén, Vidal y Jose Manuel, de los delitos de cohecho activo y fraude a las administraciones públicas. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

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

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina