



Roj: **STS 2197/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2197**

Id Cendoj: **28079120012021100461**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/06/2021**

Nº de Recurso: **3241/2019**

Nº de Resolución: **470/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 470/2021

Fecha de sentencia: 02/06/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3241/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3241/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 470/2021

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 2 de junio de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Elias**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, que le condenó por delitos de fraude de subvenciones en concurso medial con un delito de falsedad documental y de apropiación indebida, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por la Procuradora Dña. Rosa Martínez Serrano y bajo la dirección Letrada de D. Diego Fernández Fernández y los recurridos Gobierno Vasco representado por el Procurador D. Felipe Juanes Blanco y bajo la dirección Letrada de D. Javier Olaola Bajeneta y la Acusación Particular D. Ezequias y D. Fausto representados por el Procurador D. Raúl del Castillo Peña y bajo la dirección Letrada de Dña. Silvia Ramos Armesto.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 8 de Bilbao incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1447 de 2014 contra Elias, y, un vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, que con fecha 5 de abril de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"El acusado Elias, nacido en fecha de NUM000 /1970, mayor de edad a la fecha de comisión de los hechos y con NIE NUM001 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, realizó los siguientes hechos: I. El acusado gestiona de manera efectiva la mercantil IRIARTE GRUPO LANZAROTE SA (A-35899731) desde el 16/05/2012, fecha en la que, en virtud de acuerdo alcanzado en Junta General, se estableció el domicilio de la sociedad en Santa María de Lezama, Caserío Larrakoetxe nº 23 y se le nombró presidente del consejo de administración y apoderado. En virtud de acuerdo adoptado en Junta General de fecha de 14/09/2012 se cambió a la sociedad de denominación por la de INTERNATIONAL TECHNOLOGY CORP.SOFT. SA. El acusado, con el fin de que le fuese concedido a la sociedad un anticipo reintegrable por el Gobierno Vasco en el marco del programa GAUZATU-INDUSTRIA, elaboró un proyecto de inversión 2012-2015 denominado "Implementación de Proyectos para Internet en el ámbito de las redes sociales" para hacer creer a dicha administración que el importe que en el futuro recibiera en tal concepto lo destinaría a crear un portal web con vocación de convertirse en red social, desarrollo de una nueva tecnología con denominación "Mi Avatar" y creación y mantenimiento de páginas web para terceros, cuando no tenía intención alguna de desarrollar dichos proyectos, entre mayo de 2012 y abril de 2015 (periodo de ejecución), siendo su verdadera intención destinar dichos importes a fines privados propios o de terceros. Y en ningún caso la de desarrollar estos proyectos entre mayo de 2012 y abril de 2014, periodo en que debía hacerse. Elias, valiéndose de terceros contra los que no se dirige el presente procedimiento (Ezequias y Fausto, socios de INTERNATIONAL TECHNOLOGY) al ser desconocedores del verdadero propósito del acusado, presentó, a través de Ezequias el 15/05/2012 ante el Gobierno Vasco el referido proyecto, cumplimentando la correspondiente solicitud, incluida memoria descriptiva, técnica y económica del proyecto (a los folios 1 a 36 de la pieza separada remitida por el Gobierno Vasco). De esta manera, el acusado logró que en virtud de Resolución de 29/10/2012 del Viceconsejero de Industria y Energía del Departamento de Industria, Innovación, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco, dictada en el Expediente nº NUM002, le fuese concedida a la mercantil un anticipo reintegrable de 1.453.500 euros en el marco del programa GAUZATU INDUSTRIA (a los folios 152 a 155 de la pieza separada anticitada). En ejecución de la referida resolución fueron dictadas otras resoluciones por las que la mercantil recibió del Gobierno Vasco en la cuenta NUM003 abierta a su nombre en la entidad KUTXABANK las siguientes cantidades: - El 08/03/2013 la cantidad de 109.718,21 euros, en virtud de Resolución de 13/02/2013 (a los folios 191-192 de la pieza separada) del Director de Desarrollo Industrial, por la que se ordena el abono de dicha cantidad en concepto de anticipo reintegrable a la mercantil, al haber presentado el 15/01/2013 declaración de inversiones materializadas por importe de 365.727,36 euros (a los folios 167 y ss de la pieza separada). - 24/07/2013 la cantidad de 244.018,87 euros en virtud de Resolución de 23/07/2013 del Director de Desarrollo Industrial (a los folios 250 a 253), por la que se ordena el abono de dicha cantidad en concepto de anticipo reintegrable a la mercantil, al haber presentado el 12/06/2013 declaración de inversiones materializadas por importe de 813.396,23 euros (a los folios 193 a 202 de la pieza separada). Dichas cantidades debían destinarse realizar una inversión por importe de 5.743.000 euros para el desarrollo del proyecto presentado y debían ser devueltas durante los dos primeros meses del año 2017 y antes del último día hábil del mes de julio del año 2021, considerándose incumplimiento la no ejecución de un mínimo de 120.000 euros y la no creación de un mínimo de 3 puestos de trabajo. El acusado, con el fin de aparentar que se habían realizado las inversiones, elaboró facturas sin contenido económico real, cuya relación presentó ante la administración (a través de Ezequias que desconocía su carácter ficticio) para justificar la inversión supuestamente realizada y obtener así los referidos ingresos. De esta manera: - Para obtener el primer ingreso, en fecha de 09/01/2013 presentó una relación de 8 facturas por un total de 365.727,36 euros, dos emitidas



por DAXSERV SL con los n° NUM004 y NUM005, tres emitidas por SC VIP CONTACT SRL con los n° NUM006, NUM007 y NUM008, una emitida por Romulo con el n° NUM009, una emitida por SOD TECHNOLOGIES P LTD con el n° NUM010 y una emitida por LOMBER INFORMATICA SL con el n° NUM011 (a los folios 168 a 173 de la pieza separada). - Para obtener el segundo ingreso, en fecha de 05/06/2013 presentó una relación de 24 facturas por un importe total de 813.396,23 euros, tres emitidas por DAXSERV SL con los n° NUM012, NUM013 y NUM014, cuatro emitidas por SOLUCIONES CORPORATIVAS IP SLU con los n° NUM015, n° NUM016, n° NUM017 y n° NUM018, una emitida por OBJECTIVE CONCEPT con el n° NUM019, tres emitidas por SC EMACOLIN SRL con los n° NUM020, NUM021 y NUM022, una emitida por INNOVA CREACIONES SC con los n° 109/2013, dos emitidas por MEDIA MARKT con los n° NUM023 y NUM024, tres emitidas por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL con los n° NUM025, n° NUM026 y n° NUM027, cuatro facturas emitidas por K-TUIN SISTEMAS INFORMATICOS SA con los n° NUM028, n° NUM029, n° NUM030, n° NUM031, una emitida por Romulo con el n° NUM032, una emitida por SOD TECHNOLOGIES P LTD con el n° NUM010 y una emitida por LOMBER INFORMATICA SL con el n° NUM011 (a los folios 194 a 198 de la pieza separada). El acusado destinó dichos importes a fines privados propios o de terceros relacionados con él. Tras inspección del domicilio social de la mercantil INTERNATIONAL THECNOLOGICS en el caserío propiedad de Ezequias, el Gobierno Vasco dictó resolución declarando incumplido el proyecto. III.- El acusado, sin el conocimiento y consentimiento de los socios y los restantes miembros del consejo de administración, con ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, aplicó las cantidades ingresadas en la cuenta NUM003 de la sociedad a los siguientes fines particulares: - En fecha de 07/08/2013, traspasó un importe de 57.000 euros a la cuenta NUM033 de su titularidad. - En fecha de 09/08/2013, traspasó un importe de 140.000 euros a la cuenta NUM034 titularidad de la mercantil y desde esta los traspasó a la cuenta NUM035, titularidad de DAXSERV SL cuyo representante es Epifanio. El acusado, con el fin de crear la apariencia de la existencia de relaciones comerciales entre DAXSERV SL e INTERNATIONAL TECHNOLOGY CORP.SOFT. SA que justificaban el referido traspaso, emitió a la segunda nombre de la primera facturas NUM036 por importe de 69.212 euros, 2/2013 por importe de 106.383 euros y 3/2013 por importe de 87.218 euros (a los folios 200 a 202 de la causa). IV.- Igualmente, sin el conocimiento y consentimiento de los socios y los restantes miembros del consejo de administración, con ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, el acusado cargó en la misma cuenta NUM003 facturas por compras de objetos que no fueron destinados a la actividad de la sociedad, sino que lo fueron a uso particular o de familiares. En concreto cargó: En fecha de 15/03/2013 la factura N° NUM037 emitida por MEDIA MARKT ALICANTE por importe de 348,90 euros (al folio 210 de la causa). En fecha de 23/03/2013 la factura N° NUM025 emitida por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL por importe de 598,95 euros (al folio 207 de la causa). En fecha de 23/03/2013 la factura N° NUM026 emitida por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL por importe de 2.729 euros en favor de Héctor (al folio 208 de la causa). En fecha de 23/03/2013 la factura N° NUM027 emitida por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL por importe de 2.729 euros (al folio 210 de la causa). V.- La realización de los hechos anteriormente descritos supuso que los fondos que había en la cuenta NUM003 de la sociedad disminuyesen en un importe total de 203.405,85 euros y que la administración declarase incumplido el proyecto, obligando a la mercantil a reintegrar 353.737,08 más 6.517,03 euros en intereses, dejando sin fondos a la sociedad con los que hacer frente a dicha obligación. En fecha no determinada el acusado abonó a Fausto por gastos por trabajos para la sociedad, 600 euros y, en otra ocasión, entregó a Ezequias, para la sociedad 300 euros. VI.- El acusado ha sido ejecutoriamente condenado en virtud de sentencia firme de fecha de 09/07/2013 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n° 2 de Alicante en las Diligencias Urgentes 169/2013, Ejecutoria 415/2013 del Juzgado de lo Penal n° 6 de Alicante, por un delito del artículo 153 CP".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debemos condenar y condenamos a Elias como autor de un delito de fraude de subvenciones, en concurso medial con un delito de falsedad documental, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años y seis de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo periodo, así como inhabilitación para el desempeño del cargo de administrador o miembro del consejo de administración de sociedades mercantiles por el mismo periodo y multa de 400.000 euros con aplicación del art. 53 CP, en caso de impago y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas publicas o gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social durante 5 años. COMO AUTOR DE UN DELITO CONTINUADO DE APROPIACIÓN INDEBIDA, en concurso medial con un delito continuado de falsedad documental, ya definidos, a la pena de cinco años de prisión y multa de diez meses y quince días a razón de 6 euros por día, con un día de arresto por cada dos cuotas impagadas, así como al abono de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular y del actor civil. Indemnizará al GOBIERNO VASCO en 360.254,11 euros más intereses del art. 576 de la LEC, y, subsidiariamente, a la mercantil INTERNATIONAL TECHNOLOGY CORP. SOFT SA, y a los querellantes, en la cuantía que una u otros abonen al Gobierno Vasco por los anticipos reintegrables indebidamente recibidos. Conclúyase la pieza de responsabilidad civil con arreglo a Derecho. Contra esta Sentencia cabe interponer



recurso de Casación del que conocerá la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de cinco días hábiles a contar desde su notificación, y que deberá ser preparado ante esta Audiencia Provincial".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Elias**, 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 del acusado **D. Elias**, lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del nº 852 de la L.E.Cr. Por considerarse infringidos principios constitucionales recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión, el derecho a un proceso con todas las garantías, en relación con el principio de congruencia en relación con la acusación formulada en el procedimiento y conexión con el principio acusatorio formal, y el derecho de defensa.

Segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del nº 852 de la L.E.Cr. Por considerarse infringidos principios constitucionales recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión y el derecho a la presunción de inocencia. Entiende esta parte que la prueba tenida en cuenta para dar por probados los hechos, en relación con el delito de fraude de subvenciones en concurso medial con delito de falsedad documental por el que ha sido condenado Don Elias, carece de toda base razonable para deducir condena para mi representado y no puede ser considerada como prueba de cargo lícitamente obtenida.

Tercero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del nº 852 L.E.Cr. Por considerarse infringidos principios constitucionales recogidos en el artículo 24 de la Constitución Española, concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión y el derecho a la presunción de inocencia. Entiende esta parte que la prueba tenida en cuenta para dar por probados los hechos, carece de toda base razonable para deducir condena para mi representado y no puede ser considerada como prueba de cargo lícitamente obtenida, en este caso en lo que se refiere al delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con delito de falsedad documental por el que ha resultado condenado mi mandante.

Cuarto.- Por infracción de ley del nº 1 del art. 849 L.E.Cr. Al amparo de lo que dispone el párrafo primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que determina: "Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse recurso de casación: 1º) Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, 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".

Quinto.- Por infracción de ley del nº 1 del artículo 849 de la L.E.Cr. Al amparo de lo que dispone el párrafo primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que determina: "Se entenderá que ha sido infringida la ley para el efecto de que pueda interponerse recurso de casación: 1º) Cuando, dados los hechos que se declaren probados en las resoluciones comprendidas en los dos artículos anteriores, 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". Concretamente, por aplicación indebida del artículo 252 del Código Penal, ya que no concurren en la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, con sede en Melilla, los requisitos exigidos doctrinal y jurisprudencialmente para la aplicación del citado precepto.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, quedando conclusos 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 1 de junio de 2021, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por Elias contra sentencia de 5 de Abril de 2019 de la Audiencia de Bizkaia que le condenó como autor de un delito de fraude de subvenciones, en concurso medial con un delito de falsedad documental a la pena de tres años y seis de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo periodo, así como inhabilitación para el desempeño del cargo de administrador o miembro del consejo de administración de sociedades mercantiles por el mismo periodo y multa de 400.000 euros con aplicación del art. 53 CP, en caso de impago y pérdida de



la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas o gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social durante 5 años.

Y como autor de un delito continuado de apropiación indebida, en concurso medial con un delito continuado de falsedad documental a la pena de cinco años de prisión y multa de diez meses y quince días a razón de 6 euros por día, con un día de arresto por cada dos cuotas impagadas, así como al abono de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular y del actor civil. Indemnizará al GOBIERNO VASCO en 360.254,11 euros más intereses del art. 576 de la LEC, y, subsidiariamente, a la mercantil INTERNATIONAL TECHNOLOGY CORP. SOFT SA, y a los querellantes, en la cuantía que una u otros abonen al Gobierno Vasco por los anticipos reintegrables indebidamente recibidos.

SEGUNDO.- 1.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del número 852 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Señala el recurrente que "la imputación dirigida contra el Sr. Héctor lo fue por delito societario o por delito de apropiación indebida, que el mismo prestó declaración en calidad de imputado respecto a la presunta comisión de dichos delitos, que el Auto de transformación únicamente contemplaba dicho ilícito añadiendo delito de falsedad documental en relación a determinadas y concretas facturas, y que, a pesar de ello, la Sentencia que ahora impugnamos condena a mi mandante no sólo como autor de un delito continuado de apropiación indebida, sino también como autor de un delito de fraude de subvenciones y de varios delitos de falsedad documental en concurso medial con los anteriores ilícitos, delitos a los que por primera vez se hace alusión por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales."

No puede prosperar la queja casacional del recurrente, ya que, como consta en el procedimiento, desde un primer momento el recurrente tuvo conocimiento de los hechos por los que se dirigía la acción penal, y, como apunta el Fiscal, formó parte de la propia querrela, de la que se desprende que todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del referido delito se encontraban denunciados, de modo que la instrucción versó en todo momento sobre dichas conductas. Ciertamente, la figura jurídico penal de fraude aparece en la calificación provisional del Fiscal, pero todas las imputaciones fueron contradichas por el recurrente a lo largo de la instrucción, con lo que no se verifica en modo alguno la imputación de quiebra de la tutela judicial por indefensión.

Así pues, constando en el escrito de calificación provisional del Fiscal la acusación por el delito de fraude de subvenciones es suficiente para formular escrito de defensa y despejar toda duda posible de indefensión.

Lo que hay que valorar y evaluar es si fue posible de forma eficaz el ejercicio del derecho de defensa y si se hurtó al recurrente la posibilidad de conocer y rebatir la acusación formulada respecto del hecho en concreto de la operativa que diseñó y por la que es condenado en sentencia del fraude de subvenciones y ayudas públicas, ya que esto último fue lo que recibió, como más tarde matizaremos por la importancia de este dato a los efectos de la correcta tipificación delictiva.

Pues bien, resulta evidente que la información facilitada formó parte de los hechos ab initio, con independencia de que el Fiscal fijara en su escrito de calificación, cuando se le dio traslado para ello del delito tipificado en el art 308 CP.

Con respecto al alegato de indefensión hemos reflejado reiteradamente que 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).

También 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.

Pero con respecto a este caso concreto debemos recordar la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 277/2021 de 25 Mar. 2021, Rec. 2433/2019, en donde se recuerda que:

"Cierto es, como se ha destacado por la jurisprudencia de esta Sala invocada por el recurrente, que la decisión de prosecución del artículo 779 .1. 4º LECrim ocupa en la estructura del proceso un papel significativo.

La regla previene expresamente la necesidad de una decisión motivada por la que se ordene la continuación de las diligencias previas por los trámites de la preparación del juicio oral. La cláusula viene a positivizar la doctrina constitucional que, sobre la decisión de prosecución, se contenía en la importante STC 186/90 que resolvió varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas respecto al artículo 790.2 LECrim (texto de 1988). Frente a la deficitaria regulación anterior fue la jurisprudencia constitucional la que delimitó, de manera esencial, los contenidos, las finalidades e, incluso, el régimen de notificación de la misma.

La regulación contempla dos presupuestos normativos para la adopción de dicha decisión.

1.- El primero, exige que los hechos justiciables constituyan, provisionalmente, un delito de los comprendidos en el artículo 757 LECrim.

2.- El segundo, atiende a la necesidad de que, con carácter previo a adoptar la decisión de prosecución, el juez de instrucción haya tomado declaración a la persona investigada en tal condición, en los términos y a los efectos previstos en el artículo 775 LECrim.

Por lo que se refiere al contenido exigible del auto que ordena la prosecución si bien no reclama agotadoras fórmulas descriptivas o normativas, propias de la sentencia, debe, no obstante, determinar, además de los sujetos pasivos contra los que puede dirigirse la acusación, el hecho punible en su dimensión fáctica y normativa.

Dicho contenido debe garantizar el derecho de la persona inculpada a conocer de qué y por qué, en su caso, puede ser acusado, y desde luego, el derecho a ejercer el recurso devolutivo que permita al órgano de apelación controlar, en términos materiales, la racionalidad inculpatoria que lo sustenta.

La información que debe contener el auto procesador constituye, por tanto, uno de los presupuestos objetivos que permite satisfacer el derecho a conocer previamente la acusación, en el sentido amplio sugerido por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - S TEDH, caso Pélissier contra Francia, de 30 de enero de 2001; caso Varela Geis contra España, de 5 de marzo de 2013, Caso Uche c. Suiza, de 17 de abril de 2018-. Alcance del derecho que ha sido reafirmado de manera contundente por la Unión Europea mediante la Directiva 2012/13 del Parlamento Europeo y del Comité de Ministros relativa al derecho a la información en los procesos penales, traspuesta a nuestro sistema procesal ex Ley 41/2015 y L.O 13/2015.

En efecto, como de forma muy precisa se establece en el artículo 6 de la Directiva, la persona contra la que se dirige la acción penal ostenta durante todo el curso del proceso, pero muy en particular cuando la imputación se delimita formalmente por la autoridad judicial, el derecho a conocer con el mayor grado de detalle necesario, no incompatible con la concisión, las razones fácticas y jurídicas sobre las que se sostiene el proceso inculpatario. Y ello con la doble finalidad de salvaguardar la equidad del proceso y el efectivo ejercicio del derecho de defensa.

Ahora bien, se hace preciso advertir que el auto no preconstituye los términos de la acusación. Delimita el marco fáctico-normativo posible en el que esta puede formularse sin comportar cargas de vinculación estrictas para las partes con relación a los concretos tipos inculpatarios. Al igual que el auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, delimita el objeto procesal a partir de los hechos justiciables que han sido objeto de investigación e imputación en la fase previa, en los términos precisados en el artículo 775, al que expresamente se remite el propio artículo 779, ambos, LECrim.

El auto delimita, por tanto, un marco de referencia con una función esencialmente pragmática en garantía de que la persona inculpada no pueda verse acusada de forma sorpresiva por hechos punibles que no fueron objeto de previa imputación y respecto de los que, por ello, no pudo defenderse en fase previa.

Pero, insistimos, no tiene como función institucional ni la de fijar los términos normativos de la acusación ni tampoco de los concretos extremos del relato fáctico sobre los que se asienta la pretensión acusatoria. Será, por tanto, a partir de la fase preparatoria, con la irrupción del principio acusatorio, cuando las partes que ostentan la legitimación activa asumen la responsabilidad de formular acusación provisional respetando el marco de referencia delimitado en la fase previa. Lo que resulta del todo compatible con la



incorporación de precisiones, fórmulas narrativas o estructuras secuenciales diferentes que, sin superar el alcance comunicativo del marco fijado en el auto de prosecución, permitan conocer con más detalle el objeto de acusación.

La delimitación del objeto inculpatario contenida en el auto del artículo 779.1. 4º LECrim permitirá la prosecución del proceso por los trámites preparatorios del juicio oral. Pero, insistimos, dicha delimitación fáctica y normativa no servirá para ordenar la apertura del juicio oral si las acusaciones, mediante los correspondientes escritos de calificación, no precisan cada uno de los hechos justiciables que consideran deben ser objeto de acusación, concretando su relevancia normativa."

Tras la claridad de esta resolución muy reciente de esta Sala debemos afirmar que no pueden achacarse, pues, al auto de transformación de las diligencias en procedimiento abreviado defectos por cuestiones de tipicidad, debiendo fijarse a qué hechos se sujeta la investigación, lo que en este caso se cumple. De lo que se queja el recurrente es que es en el escrito de calificación provisional donde se introduce el tipo penal del fraude de subvenciones, pero es que es en ese momento donde se sujeta la necesidad de hacerlo, y bajo pena de infracción del acusatorio, porque es respecto del mismo escrito del Fiscal sobre lo que se responde por la defensa en su corolario escrito de respuesta al acusatorio del fiscal y/o acusación particular.

De suyo, en el propio recurso se recoge el contenido del propio auto de transformación de las Diligencias previas en procedimiento abreviado donde constan los hechos por los que más tarde el Fiscal formula escrito de acusación provisional por fraude de subvenciones, ajustando técnicamente mejor los hechos objeto de la investigación al juicio de tipicidad. Además, el Fiscal en su escrito de acusación puede complementar los hechos iniciales, sin variarlos sustancialmente, para acomodar su escrito de acusación a lo que ha sido el resultado de la fase previa de investigación, y, pese a la queja del recurrente, ello es lo que le supone, precisamente, la garantía del ejercicio de su derecho de defensa, ya que es de estos hechos y de esta calificación del Fiscal de lo que debe defenderse, además de los casos en los que, como aquí ocurre, existe acusación particular.

Precisamente, el propio recurrente reconoce cuál fue el escrito del Fiscal circunscrito a que:

"Tales hechos se calificaban por el Ministerio Fiscal de la siguiente forma:

a) Los hechos narrados en los apartados I y II son constitutivos de un delito de fraude de subvenciones y ayudas previsto y penado en los artículos 308.1 y 2 y 3, 31 y 61 del Código Penal, en concurso medial, conforme al artículo 77 del Código Penal, con un delito continuado de falsedad en documento mercantil previsto y penado en el artículo 392.1.2, 74, 61 y 56.2º del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos.

b) Los hechos narrados en los apartados I, III y IV son constitutivos de un delito continuado de administración desleal previsto y penado en el artículo 295, 297, 56.2º y 3º y 61 del Código Penal, en concurso de normas previsto en el artículo 8.4º del Código Penal, con un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en el artículo 252 y 250.5º, 74.1 y 2 y 61 y 56.2º y 3º del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos, en concurso medial, conforme al artículo 77 del Código Penal, con un delito continuado de falsedad en documento mercantil previsto y penado en el artículo 392.1.2, 74, 61 y 56.2º del Código Penal, en su redacción vigente a la fecha de los hechos."

No se puede tratar de que los hechos del Fiscal expuestos en su escrito de calificación provisional se aportan de forma "novedosa" como consta en el recurso, cuando son el resultado de la fase preliminar de investigación y aportación a las diligencias previas de las que resultaron procedentes en el desarrollo de la investigación judicial, material que es el que toma como base la acusación para formular su escrito de calificación provisional, no exigiéndose en el auto de transformación un *ajuste mimético* a lo que más tarde constituye el escrito de acusación del Fiscal.

Se queja el recurrente de que *tras la celebración del juicio oral y una vez elevadas a definitivas las acusaciones provisionales efectuadas por las partes acusadoras, se dictó Sentencia por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en la que se recogían como hechos probados aquellos que se contenían en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal (dado que tales hechos los hemos reproducido de forma textual con anterioridad, nos remitimos a lo allí expuesto a fin de no realizar reiteraciones innecesarias); y en base a tales hechos se condenaba al Sr. Héctor como autor de un delito de fraude de subvenciones del artículo 308 del Código Penal así como de un delito de falsedad documental, incluyendo todas las facturas a las que se refería el Ministerio Fiscal, y no sólo las que aparecían en el auto de transformación en procedimiento abreviado. No obstante, se debe insistir en que es del escrito de calificación del que se defiende el acusado, no del contenido del auto de procedimiento abreviado, recordando que, incluso, pueden aportarse documentos que puedan ser tenidos en cuenta por el Tribunal ex art. 786.2 LECRIM hasta el inicio del juicio oral, pudiendo la defensa efectuar las*



alegaciones al respecto que correspondan para instar la suspensión en su caso, a fin de conocer con detalle los aportados, al igual que si fuera la defensa la que los aportara.

No puede, por ello, sostenerse una alegada indefensión cuando el recurrente conoció todos los hechos que fueron objeto de la acción penal, una vez los querellantes percibieron todo el operativo que había desplegado el recurrente de forma fraudulenta y con claro y evidente perjuicio de terceros, al tratarse de una cuestión económica de fraude y correlativa apropiación posterior. Tuvo ocasión de defenderse. Y de hacerlo de los hechos y tipos penales por los que se le acusó. Y en la fase sumarial pudo proponer y aportar a las actuaciones las diligencias de investigación que tuvo por conveniente a la vista de los hechos contenidos en la querrela y en las dos direcciones sobre las que giraban los movimientos que había diseñado en su propósito defraudatorio y de apropiación posterior. De ese diseño que él mismo había diseñado pudo defenderse debidamente. Además, no olvidemos el limitado campo de juego que supone la fase previa de instrucción, habida cuenta que es el desarrollo del ejercicio por el Fiscal del escrito de acusación en base a la investigación previa el que conforma el marco sobre lo que debe defenderse el acusado en el procedimiento judicial y proponer sus pruebas. Ninguna indefensión se ha producido en consecuencia. Nada ha podido dejar de proponer o aportar el recurrente que haya venido motivado por "ocultación", "trabas procesales", "silencio", o "desconocimiento de hechos o tipos penales" por los que se acusaba y por los que debía acudir como acusado al plenario.

Obtuvo el derecho a ser informado de la acusación formulada contra él por el Fiscal en el escrito de acusación, y, por ello, ninguna indefensión se le produjo, porque es ahí donde se ubica el escenario del principio acusatorio, no en fases precedentes.

Recordamos en sentencia reciente del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 195/2021 de 4 Mar. 2021, Rec. 2001/2019 que:

"Entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por "cosa" no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un factum, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre su calificación jurídica" (SSTC núm. 4/2002, de 14 de enero; 228/2002, de 9 de diciembre; 35/2004, de 8 de marzo; 7/2005, de 4 de abril).

En consecuencia, decíamos, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate, tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación, no pudiendo el Tribunal apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en ésta y sobre las cuales, el acusado, por tanto, no haya tenido ocasión de defenderse en un debate contradictorio (SSTC. 40/2004 de 22 de marzo, 183/2005 de 4 de julio). Además, este Tribunal ha afirmado que, con la prospectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos (o perspectivas jurídicas) que de facto no hayan podido ser plenamente debatidos (por todas STC. 87/2001 de 2 de abril).

En similar sentido las sentencias del Tribunal Constitucional 34/2009, de 9 de febrero, y 143/2009, de 15 de junio, precisan que al definir el contenido del derecho a ser informado de la acusación, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente en anteriores resoluciones que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación", derecho que encierra un "contenido normativo complejo", cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él en términos suficientemente determinados para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC. 12/1981 de 10 de abril, 95/1995 de 19 de junio, 302/2000 de 11 de septiembre). Esta exigencia se convierte así en instrumento indispensable para poder ejercer la defensa, pues mal puede defenderse de algo quién no sabe qué hechos en concreto se le imputan. (...)

Asimismo la Sala 2.ª TS -STS 655/2010, de 13 de julio, 1278/2009, de 23 de diciembre; 313/2007, de 19 de junio; tiene señalado que el principio acusatorio exige la exclusión de toda posible indefensión para el acusado, lo cual quiere decir "en primer término, que el hecho objeto de acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables, esto es, que exista identidad del hecho punible, de forma que el hecho debatido en juicio, señalado por la acusación y declarado probado, constituya supuesto fáctico de la calificación de la sentencia. La otra condición consiste en la homogeneidad de los delitos objeto de condena y objeto de acusación (SS. T.C. 134/86 Y 43/97). ...".

El recurrente conoció de los hechos desde un primer momento y pudo defenderse en su escrito de defensa de la acusación del Fiscal. No hay la pretendida vulneración del acusatorio.

El motivo se desestima.



TERCERO.- 2.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del número 852 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Entiende el recurrente que "la prueba tenida en cuenta para dar por probados los hechos, en relación con el delito de fraude de subvenciones en concurso medial con delito de falsedad documental por el que ha sido condenado Don Elias, carece de toda base razonable para deducir condena para mi representado y no puede ser considerada como prueba de cargo lícitamente obtenida."

Se añade que: "No ha quedado suficientemente acreditado que en el presente supuesto nos encontremos con una subvención, desgravación o ayuda que pueda ser considerada objeto material del tipo previsto en el artículo 308 del Código Penal, ni ha quedado acreditada la participación del acusado en la solicitud efectuada ante el Gobierno Vasco, ni que conociese los requisitos exigidos tanto para su concesión como para su cumplimiento; elementos todos ellos absolutamente necesarios para entender cometido el delito de fraude de subvenciones".

En cualquier caso, aunque el recurrente construye el motivo ex art. 852 LECRIM bajo la tesis de vulneración de la presunción de inocencia, lo cierto es que en este motivo también hace mención a su contenido de forma tácita a infracción de Ley ex art. 849.1 LECRIM, construyendo de forma incorrecta procesalmente la vía de la queja ex art. 308 CP y sus elementos bajo la forma de un motivo ex art. 852 LECRIM que no prevé el análisis de la infracción de ley, sino solo en relación a la tutela judicial efectiva, aunque dado que formula este motivo por infracción de ley más tarde se procede a dar respuesta también.

Pues bien, respecto a la vulneración alegada de la presunción de inocencia en relación a la prueba de cargo existente en relación al delito de fraude de subvenciones hay que señalar que el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales, por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur" (STS. 1030/2006 de 25.10).

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

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia si, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En este sentido, el Tribunal efectúa la siguiente referencia a los elementos tenidos en cuenta para la condena por este tipo penal del art. 308 CP, a saber:

1.- Hechos probados: Referido a este extremo consta que:

a. Representatividad relevante alcanzada por el recurrente en la sociedad.

"El acusado gestiona de manera efectiva la mercantil IRIARTE GRUPO LANZAROTE SA (A-35899731) desde el 16/05/2012, fecha en la que, en virtud de acuerdo alcanzado en Junta General, se estableció el domicilio de la sociedad en Santa María de Lezama, Caserío Larrakoetxe nº 23 y se le nombró presidente del consejo de administración y apoderado. En virtud de acuerdo adoptado en Junta General de fecha de 14/09/2012 se cambió a la sociedad de denominación por la de INTERNATIONAL TECHNOLOGY CORP.SOFT. SA"



b.- Elaboración de un proyecto para hacer creer a la Administración Vasca que el importe recibido de la ayuda, anticipo o subvención se destinaría a uno de los fines por los que se conceden las mismas por la Administración Autónoma sin intención alguna de llevarlo a cabo, sino de beneficiarse económicamente. Se utiliza la empresa para sus fines económicos personales.

"El acusado, con el fin de que le fuese concedido a la sociedad un anticipo reintegrable por el Gobierno Vasco en el marco del programa GAUZATU- INDUSTRIA, elaboró un proyecto de inversión 2012-2015 denominado "Implementación de Proyectos para Internet en el ámbito de las redes sociales" para hacer creer a dicha administración que el importe que en el futuro recibiera en tal concepto lo destinaría a crear un portal web con vocación de convertirse en red social, desarrollo de una nueva tecnología con denominación "Mi Avatar" y creación y mantenimiento de páginas web para terceros, cuando no tenía intención alguna de desarrollar dichos proyectos, entre mayo de 2012 y abril de 2015 (periodo de ejecución), siendo su verdadera intención destinar dichos importes a fines privados propios o de terceros. Y en ningún caso la de desarrollar estos proyectos entre mayo de 2012 y abril de 2014, periodo en que debía hacerse"

c.- Presentación del Proyecto valiéndose de terceros ante la Administración.

" Elias , valiéndose de terceros contra los que no se dirige el presente procedimiento (Ezequias y Fausto , socios de INTERNATIONAL TECHNOLOGY) al ser desconocedores del verdadero propósito del acusado, presentó, a través de Ezequias el 15/05/2012 ante el Gobierno Vasco el referido proyecto, cumplimentando la correspondiente solicitud, incluida memoria descriptiva, técnica y económica del proyecto (a los folios 1 a 36 de la pieza separada remitida por el Gobierno Vasco)."

d.- El recurrente consigue el anticipo de 1.453.500 euros en base a la documentación aportada.

"De esta manera, el acusado logró que en virtud de Resolución de 29/10/2012 del Viceconsejero de Industria y Energía del Departamento de Industria, Innovación, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco, dictada en el Expediente nº NUM002 , le fuese concedida a la mercantil un anticipo reintegrable de 1.453.500 euros en el marco del programa GAUZATU INDUSTRIA (a los folios 152 a 155 de la pieza separada).

e.- Recepción de más cantidades.

"En ejecución de la referida resolución fueron dictadas otras resoluciones por las que la mercantil recibió del Gobierno Vasco en la cuenta NUM003 abierta a su nombre en la entidad KUTXABANK las siguientes cantidades:

- El 08/03/2013 la cantidad de 109.718,21 euros, en virtud de Resolución de 13/02/2013 (a los folios 191-192 de la pieza separada) del Director de Desarrollo Industrial, por la que se ordena el abono de dicha cantidad en concepto de anticipo reintegrable a la mercantil, al haber presentado el 15/01/2013 declaración de inversiones materializadas por importe de 365.727,36 euros (a los folios 167 y ss de la pieza separada).

- 24/07/2013 la cantidad de 244.018,87 euros en virtud de Resolución de 23/07/2013 del Director de Desarrollo Industrial (a los folios 250 a 253), por la que se ordena el abono de dicha cantidad en concepto de anticipo reintegrable a la mercantil, al haber presentado el 12/06/2013 declaración de inversiones materializadas por importe de 813.396,23 euros (a los folios 193 a 202 de la pieza separada). "

f.- Necesidad de que las cantidades se destinaran al objetivo previsto objeto de la solicitud y ser devueltas en plazos fijados.

"Dichas cantidades debían destinarse a realizar una inversión por importe de 5.743.000 euros para el desarrollo del proyecto presentado y debían ser devueltas durante los dos primeros meses del año 2017 y antes del último día hábil del mes de julio del año 2021, considerándose incumplimiento la no ejecución de un mínimo de 120.000 euros y la no creación de un mínimo de 3 puestos de trabajo."

g.- Elaboración de facturas sin contenido económico para aparentar la realización de las inversiones y su presentación ante la Administración.

"El acusado, con el fin de aparentar que se habían realizado las inversiones, elaboró facturas sin contenido económico real, cuya relación presentó ante la administración (a través de Ezequias que desconocía su carácter ficticio) para justificar la inversión supuestamente realizada y obtener así los referidos ingresos.

De esta manera:

a.- Para obtener el primer ingreso, en fecha de 09/01/2013 presentó una relación de 8 facturas por un total de 365.727,36 euros, dos emitidas por DAXSERV SL con los nº NUM004 y NUM005 , tres emitidas por SC VIP CONTACT SRL con los nº NUM006 , NUM007 y NUM008 , una emitida por Romulo con el nº NUM009 , una



emitida por SOD TECHNOLOGIES P LTD con el n° NUM010 y una emitida por LOMBER INFORMATICA SL con el n° NUM011 (a los folios 168 a 173 de la pieza separada).

b.- Para obtener el segundo ingreso, en fecha de 05/06/2013 presentó una relación de 24 facturas por un importe total de 813.396,23 euros, tres emitidas por DAXSERV SL con los n° NUM012, NUM013 y NUM014, cuatro emitidas por SOLUCIONES CORPORATIVAS IP SLU con los n° NUM015, n° NUM016, n° NUM017 y n° NUM018, una emitida por OBJECTIVE CONCEPT con el n° NUM019, tres emitidas por SC EMACOLIN SRL con los n° NUM020, NUM021 y NUM022, una emitida por INNOVA CREACIONES SC con los n° NUM038, dos emitidas por MEDIA MARKT con los n° NUM023 y NUM024, tres emitidas por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL con los n° NUM025, n° NUM026 y n° NUM027, cuatro facturas emitidas por K- TUIN SISTEMAS INFORMATICOS SA con los n° NUM028, n° NUM029, n° NUM030, n° NUM031, una emitida por Romulo con el n° NUM032, una emitida por SOD TECHNOLOGIES P LTD con el n° NUM010 y una emitida por LOMBER INFORMATICA SL con el n° NUM011 (a los folios 194 a 198 de la pieza separada)."

2.- *Extremos reflejados por el Tribunal que evidencian la trama ideada por el recurrente.*

Se recoge por el Tribunal el diseño ideado por el recurrente para y por:

a.- La presentación de un proyecto dirigido a la SPRI a fin de recabar anticipos reintegrables para su proyecto empresarial,

b.- La aportación de documentos de trabajos inexistentes,

c.- Todo ello determinó la recepción de dos pagos por importes de 109.718,21 euros, el día 8 de marzo de 2013, y, por 244.018,80 euros, el 24 de julio del mismo año, que estaban vinculadas, causal y necesariamente, a realizar una inversión para el desarrollo del proyecto, de 5.743.000 euros, que no se cumplió en modo alguno,

d.- La no realización de ninguna de las inversiones y actividades previstas,

e.- La inspección del domicilio social,

f.- La resolución de finalización del expediente por incumplimiento de todas las condiciones de la inversión recibida, con obligación de la sociedad y sus socios de reintegrar dichas cantidades,

g.- Consta probado que la realización de los hechos anteriormente descritos supuso que los fondos que había en la cuenta NUM003 de la sociedad disminuyesen en un importe total de 203.405,85 euros y que la administración declarase incumplido el proyecto, obligando a la mercantil a reintegrar 353.737,08 más 6.517,03 euros en intereses, dejando sin fondos a la sociedad con los que hacer frente a dicha obligación.

3.- *Prueba tenida en cuenta por el Tribunal para considerarla de cargo para la condena por el delito de fraude de subvenciones.*

1.- "Ha sido probado que el acusado presentó, ante la Administración vasca, un proyecto, GAUZATU, de inversión 2012-15, aparentando que, en dicho periodo, iba a crear un portal web con vocación de convertirse en red social, consiguiendo que la Administración dictara resolución por la que concedía, en concepto de anticipos reintegrables, la cuantía de 1.453.000 euros, y que *determinó la recepción de dos pagos por importes de 109.718,21 euros, el día 8 de marzo de 2013, y, por 244.018,80 euros, el 24 de julio del mismo año, que estaban vinculadas, causal y necesariamente, a realizar una inversión para el desarrollo del proyecto, de 5.743.000 euros, que no se cumplió en modo alguno.*"

2.- "Cuando se le exhiben los folios 10 a 35 de la pieza separada del Gobierno Vasco, titulado memoria descriptiva, del proyecto de inversión, programa Gauzatu Industria 2012, "Implementación de proyectos para internet en el ámbito de las redes sociales", alusivo a la creación de un portal web con finalidad de convertirse en una red social, en el que se desarrolla una nueva tecnología, *identifica el mismo como el proyecto en el que el intervino y diseñó.*"

3.- "Niega que fuera el autor del proyecto, aunque *más adelante dice que sí y que fueron Fausto y Ezequias los que iban a desarrollarlo en la práctica*, que distribuyeron los cargos que aparecen según sus profesiones, lo que es contradictorio con que lo tuviera de antes desarrollado al 96 % y con que en el mismo figure, en primer lugar, como socio promotor, como técnico superior informático, al folio 25, y su hijo también, ambos "empresarios vinculados al sector de ciencias de la información", lo que no se predica de los querellantes (que reconoce que no tenían conocimiento informático".

4.- El desconocimiento que alega el recurrente de la ideación del proyecto para obtener las ayudas no es aceptado por el Tribunal señalando que "no encaja bien con que admita que como era su proyecto, que había préstamos a fondo perdido (lo que fue una idea de Fernando), que el Gobierno Vasco abonó por tramos en



diversos pagos, que era el único autorizado para gestionar la cuenta de la sociedad (num. NUM003 en la KUTXA BANK) en la que se le hicieron dos pagos."

5.- Alega que con el dinero hizo préstamos a los querellantes pero no lo acredita porque señala que fue "en efectivo".

"Opone, para justificar las cantidades de las que ha dispuesto, que hizo préstamos a los querellantes, que el primer ingreso, por importe de 109,718,21 euros, de fecha 8 de marzo de 2013, lo destinó a abonar los gastos de escritura de cambio de una sociedad a otra, a abonar empleados, prestar dinero a Ezequias y a Fausto, alquiler de locales, y comidas, protocolos si bien *no ha aportado documentación o prueba alguna que suscriba tal alegación, ya que los abonó en efectivo*".

6.- Como elemento medial para alcanzar la defraudación y obtener parte de la cuantía concedida inicialmente, el acusado *presentó declaraciones (falsas) de inversiones realizadas* en fechas, 15 de enero, y de 12 de junio, ambas de 2013 (a los folios 167 y ss y a los folios 193 y ss de la pieza separada), que determinaron los abonos de las cuantías de 109.718,21 el 8 de marzo y de 244.018 euros, el 24 de julio, ambos del mismo año y asimismo, presentó, para obtener el primer ingreso en fecha 9 de enero de 2013 una relación de 8 facturas, (falsas) por importe de 365.727,36 euros, obrantes a los folios 168 a 173 de la pieza separada, y para obtener el segundo, una relación de 24 facturas (falsas), por importe de 813.396 euros, a los folios 194 a 198 de la pieza separada.

7.- No cabe destipificar este delito por aspectos tales, como que la entidad administrativa no inspeccionara, con anterioridad a la concesión de los anticipos reintegrables, el lugar designado como domicilio social, caserío del Sr. Ezequias, ni que el proyecto hubiera sido fácilmente detectable como un fraude de haber existido una mayor diligencia en su comprobación de viabilidad por el Gobierno Vasco.

8.- La alegación de que los querellantes conocían que todo el proyecto era un fraude, aparte de contradictorio con la defendida realidad de muchas de las facturas, no está basada en elemento probatorio alguno, ni con razonamiento en tal sentido, más allá de la declaración vacilante, cambiante, contradictoria e interesada del acusado.

El hecho de que fuera el Sr. Ezequias el que aportara toda la documentación ante el Gobierno Vasco, ya ha sido explicado por él, que además tenía residencia en Bizkaia, que se limitaba a entregar lo que el acusado le entregaba, lo que en lo que se refiere al proyecto informático, núcleo esencial de la petición, cobra todo su sentido por los conocimientos específicos de informática que tenía Elias.

Además no se corresponde con las actuaciones posteriores de los querellantes tomando la iniciativa ante las autoridades administrativas, en contra del acusado, que, *en cuanto recibió los anticipos reintegrables se ausentó*, habiendo sido evidentes, durante la tramitación de la causa, las dificultades para ser localizado. Y, desde luego, el que sin conocimiento del fraude, recibe cantidades de la administración pública que no le corresponden lo que hace es devolverlas o intentarlo, al menos. Aun, en el caso de que se hubiera acreditado algún grado de conocimiento por parte de los querellantes sobre tal extremo, tal argumento, únicamente pudiera afectar al delito patrimonial, pero, en modo alguno, supondría la falta de tipicidad del delito de falsedad o de fraude de subvenciones. Únicamente aumentaría el ámbito de participación de este delito, pero, como coparticipes, no eliminarían la responsabilidad criminal del acusado, coautor y único beneficiado por ellos.

9.- "En relación a la única cuenta corriente de la sociedad, con exhibición de los folios 168 y ss de la causa, reconoce los dos abonos provenientes del Gobierno Vasco, por importes de 109.718,21 euros y 244.018,87 euros. No sabe explicar los cargos alusivos a Carlos Miguel, responde que quizá se refieran a gestoría; al serle preguntado por diversos cargos relativos a conceptos que, ya inicialmente, no se aprecia relación con el proyecto indicado, más cuando responde a que obedecen (KATMAN, correspondientes a ordenadores y móviles; INNOVA, dos chicos por trabajos de programación; Apple, ordenadores, METIU RAKSIM DAX SERV. S.L.); otros, por vacaciones, colegio, asistencia médica familiar, seguros de dos vehículos, pagos a la Seguridad Social de trabajadores, y a Hacienda Pública) alega que tenía que abonar atrasos de obras anteriores, lo que supone reconocer falta de relación con la empresa de esta causa y de este proyecto. Finalmente la correspondiente a Luis Pablo, la justifica porque su hermano le hizo abono de alquiler de una vivienda de Albacete".

10.- Mantiene que en el proyecto constaba que iban a crear unos 50 puestos de trabajo, no sabe si solo en el País Vasco, pero que crearon solo tres. En realidad *no consta acreditado en modo alguno que creara ningún puesto de trabajo* porque ninguna actividad se ha acreditado. Incoherente resulta que declare que fueron los querellantes los que, a partir de la presentación del proyecto se ocuparon de todos los trámites, pero sea el único beneficiado por las subvenciones concedidas.



11.- Respecto de las facturas aportadas por los querellantes obrantes a los folios 198 y ss, cuyo propio letrado le corrige y le dice que no son proforma y cuyos emisores están vinculados al acusado, (Romulo , DAX SERVICES, SD EMACOLIN SL, APPLE, MEDIAMARKT), no ofrece explicación alguna vinculada al proyecto indicado, e insiste en que él no las ha hecho. Ha sido acusadamente incoherente, cuando el Ministerio Fiscal le ha hecho ver que las facturas incluidas en los dos cuadros de inversiones realizados de la pieza separada que condicionaron los 2 pagos por el Gobierno Vasco, del primer semestre de 2013, haya manifestado que no tuvo conocimiento de los mismos hasta que el junio de 2014 se los mandaron de la asesoría LANGAR por correo.

12.- Declaración de los querellantes, Ezequias y Fausto .

Declaran, de modo coincidente, mantenido, detallado y coherente que, a finales de 2012, cedieron la sociedad IRIARTE GRUPO LANZAROTE SA, para constituir, por cero pesetas, la sociedad INTERNATIONAL TECHNOLOGY CORP SOFT SA, en la que el 80% de las acciones lo tenía el acusado, y el 20% los querellantes, a razón de un 10% cada uno. De acuerdo con el acusado, que tenía ya hecho el proyecto informático, a través de la empresa PARTNER CONSULTING presentaron ante la SPRI (G. VASCO), el proyecto GAUSATU, para solicitar diversas ayudas, que lo presentó Ezequias , cuya única labor era la de trasladar documentación.

Niegan ambos tener conocimientos suficientes de informática para haberlo hecho. Como el acusado iba buscando, a lo largo del año 2012, locales para oficinas, Ezequias , accedió a hacer constar como domicilio social el de su caserío, sito en Santa Maria de Lezama, Bizkaia. Resultan coherentes con el hecho de que *el único autorizado para manejar la cuenta corriente de la sociedad era el acusado*, cuando manifiestan que éste no les informaba de los movimientos de la misma, niegan que, en la constitución social, o, con posterioridad, el acusado hiciera aportación de 60.000 euros como pretende, tampoco el director de la sucursal bancaria de Sopelana, donde estaba domiciliada la cuenta corriente de la sociedad, les daba información, por orden del acusado. En realidad las aportaciones del acusado al proyecto fueron escasas.

Respecto de las cantidades recibidas del Gobierno Vasco, declaran que cuando les hizo el primer pago el acusado le regaló un móvil a Carcedo, le solicitaron varias veces que convocara una junta de la sociedad sin que el acusado lo hiciera (que le entretuvo con diversas maniobras) y que, seguido, el acusado se fue a Alicante, regresó para recibir el segundo y volvió a marcharse sin hacer ninguna de las inversiones especificadas para la futura empresa, en la que iba a crear 50 puestos de trabajo, incluido Ezequias y su hijo.

Especialmente Ezequias , que fue el que más se movió, explica, con lógica y detalle, sus movimientos posteriores, tras revocarle las ayudas el Gobierno Vasco y embargarle su casa, primero, acudió a la asesoría Langar S.L., habló con Antonieta , a la que entregaba habitualmente la documentación que el acusado le daba para hacer las declaraciones impositivas, pero no le dio ninguna información por orden del acusado, después acudió a la SPRI, hablaron con el director general, seguido acudió al Gobierno Vasco, en cuya sede, habló con el consejero de economía, Hermenegildo y, por consejo de éste, acudieron a un letrado para interponer querrela criminal.

Niegan, por completo, haberle autorizado al acusado para que este distrajera de la cuenta de la sociedad las cantidades de 57.000 y 140.000 euros ni para que éste realizara cargos de sus gastos personales en la misma, de hecho cuando se les piden diversas aclaraciones sobre alguna de ellas demuestran la vinculación de los conceptos reflejados con el acusado o personas vinculadas con él.

Así declaran que el abono realizado a Íñigo corresponde a una vivienda en Bilbao alquilada durante unos meses en la que vivía el acusado, que no tiene nada que ver con el proyecto Gauzatu. En cuanto a los cargos relativos a Epifanio O Romulo , explican que eran empleados de la construcción de la empresa del acusado, que no se referían al proyecto.

En cuanto a las facturas obrantes a los folios 199 a 207, niegan haberlas preparado o confeccionado ellos, insisten en que no tenían conocimientos suficientes para ello ni para evaluar si correspondían a trabajos reales o no, de hecho cuando se les piden diversas aclaraciones sobre alguna de ellas demuestran la vinculación de los conceptos con el acusado o personas vinculadas con él.

En particular, explican que las facturas referidas a la empresa DAXSERV SL, folios 200 a 202, dicha empresa es del acusado, las referidas a SC EMACOLIN SRL, folios 203 a 205, no la conocen.

13.- Milagros , empleada de la empresa PARTNERS CONSULTING, declara que, como empresa dedicada a asesorar y preparar la petición de subvenciones al Gobierno Vasco, Spri, le presentaron, acusado y querellantes, un proyecto de I+D+I a tres años, que lo que se solicitaba y se concedía eran préstamos a interés cero, y que, con posterioridad, tenían que justificar el destino del dinero recibido, justificar el gasto, lo que desactiva cualquier alegación del acusado relativa a que eran subvenciones "a fondo perdido". No recuerda quien era el firmante de la solicitud, aunque cree recordar que era Ezequias , que también aportaron las facturas, que "se daba por hecho que eran reales", que, tanto la documentación como las facturas, las aportó Ezequias , que una vez que



Ramona , empleada de la SPRI, le dijo que se habían ido con el dinero, habló con Ezequias que venía a su oficina a interesarse por si había alguna novedad.

De los correos electrónicos obrantes a los folios 118 a 131, de la pieza separada, que no recuerda, pero tampoco son negados por la testigo, se desprende que las dudas iniciales que suscitaba el proyecto en la SPRI, fueron disipadas. Con exhibición de la resolución, de fecha 29 de octubre de 2012 por la que se considera como inversión admitida por un importe total de 4.845.000 euros a INTERNATIONAL TECHNOLOGY, y le concede el anticipo reintegrable del 30%,(a los folios 152 a 154), indica que el solicitante es Ezequias .

14.- Urbano , representante legal de asesoría LANGAR, declara que la empresa INTERNATIONAL TECHNOLOGIES era cliente de la misma, que Carlos Miguel es su socio, (que con respecto a la cuenta corriente de KUTXA BANK de internacional, dos cargos de fecha 13 de marzo de 2013 al mismo son correctos) que entre los años 2012 y 2014, prestaron servicios para ella, que les contrató a finales de 2011, primero el acusado, como empresario individual y, después, a través de la citada sociedad, que también trataron con Ezequias , que vio al acusado bastantes veces en la oficina, a partir de ese momento recibieron las facturas que les enviaban, las contabilizaban y hacían las correspondientes declaraciones impositivas, y hacían las cuentas anuales, también contabilizaron las ayudas del Gobierno Vasco, así como las salidas de dinero.

Ha sido terriblemente revelador, que, al serle exhibidas las facturas obrantes a los folios 199 a 212 de la pieza principal, haya negado que las mismas (algunas referidas a Romulo y a DAXSERVSL (que no ha sido cliente de su asesoría, aunque sí su administrador, Epifanio , el cual acompañó al acusado la primera vez que acudió a solicitar sus servicios), se correspondan con la contabilidad de la empresa obrante en sus archivos, ya que no coinciden los importes ni las fechas. Señala que, el 9 de agosto de 2013, habló, por última vez, con el acusado, por teléfono, el cual le explicó que había roto relaciones con los querellantes, los cuales no le daban documentación, y por ello, le pidió que le enviara la documentación y se lo mandaron todo. Que Ezequias acudía con asiduidad a la asesoría, sobre todo a final de 2013, y que, una vez que el acusado se fue, la contabilidad de la empresa se la facilitó Ezequias .

15.- Se ha acreditado, con ello,

- a.- La condición del recurrente como responsable de la mercantil por la que se postula la ayuda económica de la Administración.
- b.- La gestión llevada a cabo por el recurrente para la presentación de la solicitud ante la Administración.
- c.- La documental bancaria relativa a la cuenta de la entidad mercantil.
- d.- Anotaciones en la cuenta de la sociedad, que indicaban los abonos recibidos del gobierno vasco.
- e.- Testifical de los dos socios perjudicados, los cuales indicaron que el recurrente era el único autorizado para manejar la cuenta corriente de la sociedad, así como que no les informaba de los movimientos de la misma.
- f.- El operativo es diseñado y ejecutado por el recurrente para sus fines personales articulando documentación tendente a conseguir el fin perseguido de obtener las ayudas económicas para sus fines privados y ajenos a la empresa.
- g.- Hubo fraude en la tramitación de la subvención o ayuda económica ante la Administración y utilización de facturas articuladas ex profeso para tal fin.

Con respecto al tipo penal por el que se condena por la vía del art. 308 CP hay que recordar que a la fecha de los hechos se sancionaba *1. El que obtenga subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones públicas de más de ciento veinte mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.*

...

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones públicas cuyo importe supere los ciento veinte mil euros, incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida.

Nótese que la descripción que se ha llevado a cabo de los hechos probados permite la subsunción de los hechos en el tipo penal. Y que la conducta del recurrente va destinada a obtener la recepción de estas cantidades con obligación de devolver en plazo y sujeta la concesión económica a un fin concreto y con unos requisitos documentales, que es por lo que necesita la articulación del entramado de las facturas para conseguir la ayuda económica que destina a fines personales, como ha quedado probado por la inmediatez del tribunal y suficiente motivación. Así:



- a.- Obtiene las ayudas económicas de la Administración
- b.- Falsea las condiciones requeridas para su concesión
- c.- Utiliza medios instrumentales documentales falsos en vía medial para tal fin.

Además, que la conducta descrita en los hechos probados reúne los elementos del tipo penal al momento de los hechos lo apoya la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 149/2015 de 11 Mar. 2015, Rec. 2301/2013 que mantiene la tesis de que no solamente se sanciona la obtención de subvenciones, sino también las ayudas, por lo que no está excluido en modo alguno la entrega de cantidades con obligación de devolver y exigencia de cumplimiento de condiciones que se hurtan a la realidad, falsean o esconden por el autor del hecho para obtener la ayuda de forma fraudulenta.

Se fija, así, en la sentencia que

"La conducta del recurrente tiene su encaje tanto en el número primero como en el número segundo del art 308 CP. Según el relato fáctico el acusado obtuvo las ayudas falseando las condiciones requeridas para su concesión al ocultar una serie de datos relevantes: aun cuando se limitase la condena por fraude de subvenciones exclusivamente a la conducta sancionada en el párrafo segundo, no cabe estimar que la expresión subvención en este párrafo segundo del art 308, en su redacción anterior a la reforma de 2012, haya de entenderse en un sentido tan estricto que desconecte la conducta sancionada en este párrafo segundo, de la relacionada en el párrafo primero.

En efecto, debe entenderse que la expresión "subvención" en este párrafo segundo se utiliza únicamente por economía expresiva, ("actividad subvencionada", como denominación general, para evitar la reiteración de los conceptos de "subvenciones, desgravaciones y ayudas"). Reiteración que puede considerarse innecesaria dada la íntima relación entre las conductas sancionadas en los dos párrafos del mismo precepto.

Una interpretación sistemática y finalista del referido párrafo segundo lleva a la conclusión de que en el mismo la expresión subvención se utiliza en sentido genérico incluyendo subvenciones, en sentido estricto, y también desgravaciones o ayudas. La lectura del párrafo cuarto del artículo permite apreciar que en él se establecen determinadas exenciones de responsabilidad, "en relación con las subvenciones, desgravaciones y ayudas a las que se refieren los párrafos primero y segundo de este artículo...", lo que implica que el Legislador considera incluidas por igual en ambos párrafos las subvenciones, las desgravaciones, y las ayudas.

A la misma conclusión nos lleva el análisis del párrafo tercero que, con carácter general, incluye como sanción adicional la pérdida de subvenciones o ayudas, tanto para la conducta sancionada en el párrafo primero, como para la del párrafo segundo.

En definitiva, ha de estimarse que la modificación incluida en el párrafo segundo a través de la Ley Orgánica 7/2012 de 27 de noviembre, al referirse con carácter general a actividad "sufragada" con fondos públicos, en lugar de "subvencionada", e incluir una referencia expresa a las ayudas, no constituye una innovación en sentido propio, sino una precisión de la interpretación correcta del precepto, perfectamente sostenible con la redacción anterior."

Alega el recurrente que "Consecuencia de la nota de gratuidad es la exclusión del concepto estricto de subvención de las atribuciones patrimoniales devolutivas, como sería el caso de los anticipos, incluso cuando reciben formalmente el calificativo de subvenciones, como las llamadas subvenciones reintegrables. "

Pero en modo alguno puede considerarse no típica penalmente la conducta desplegada por el recurrente de presentar una documentación para obtener de la Administración un "anticipo", que, en realidad, es una "ayuda de la Administración", o "préstamo sin interés", y que para ello altere los requisitos de su concesión y lo falsee para hacer creer a la Administración que la ayuda que solicita irá destinada al fin fijado en la petición; ello, cuando no había intención alguna de hacerlo así. Y utiliza instrumentos documentales falsos para conseguir la ayuda para destinarla a fines propios y privados.

Esta conducta no es atípica por el mero hecho de que se trate de un "anticipo" con obligación devolutiva, ya que supone técnicamente una ayuda de la Administración o "préstamo sin interés" en base a proyectos concretos que evitan al empresario tener que acudir a un banco y soportar la carga de los costes financieros que ello lleva consigo.

Así, si la conducta del solicitante se realiza con fraude, tanto en la petición por disfrazar el fin privado de la solicitud, y falsearlo por aportación de documentos falsos para acceder a la ayuda, se debe incluir, como ha realizado el Tribunal, en el tipo penal del art. 308 CP. De esta manera, el carácter devolutivo, o no devolutivo de la ayuda, no altera la tipicidad penal si puede enmarcarse propiamente como una "ayuda". Y en este caso lo era.



Recordemos que en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 455/2017 de 21 Jun. 2017, Rec. 1447/2016 se recuerda el elemento objetivo del tipo en cuanto a lo que se considera actividad típica al poner el acento en que:

"La carga de la prueba de la acusación consiste por lo tanto no en acreditar los fines distintos de los subvencionados en los que se ha empleado el dinero recibido, sino que basta justificar su no aplicación a los comprendidos en la subvención o ayuda concedida. Por lo tanto, los movimientos dinerarios o financieros realizados por el acusado entre sus distintas empresas, el reintegro posterior de las cantidades recibidas de la Administración a título de subvención reflejadas en el hecho probado o el préstamo concedido como anticipo de su recepción, *son cuestiones ajenas al tipo penal aplicado por cuanto lo que castiga es la desviación o no aplicación del dinero a los fines previstos en la resolución administrativa correspondiente.*" Y esto es lo que ocurrió en este caso, con independencia de la modalidad devolutiva, o no, de la ayuda. Se trataba de una ayuda de la Administración para un proyecto que resultó ser un fraude para obtener la ayuda y desviar el dinero a otros fines.

Hay que recordar que el delito de fraude de subvenciones del art. 308 CP patentiza el interés del legislador por proteger la Hacienda Pública, no sólo desde la perspectiva de los ingresos (a través del delito fiscal) sino también desde la vertiente de los gastos públicos. Desde ese marco, el delito tiene como finalidad evitar que valores de naturaleza pública afectados a un fin bien preciso puedan resultar desviados del destino previsto para ellos y así, procurar que este destino se cumpla es el bien jurídico a cuya realización se orienta esa previsión jurídico penal".

Y hay que tener en cuenta que el tipo penal no solo se circunscribe a subvenciones, sino que lo abre a las *ayudas*. Y esta no puede restringirse solo a las gratuitas, sino también a las que son con cláusula de devolución temporal, porque no deja de perder el concepto técnico de "ayuda". Señala, así, la doctrina que el término ayuda se incorporó como objeto material del tipo mediante la LO 6/1995, de 29 de junio, para superar las restricciones del concepto normativo de subvención, no existiendo un concepto normativo de ayuda de las Administraciones Públicas y constituyendo una cláusula residual que incluye las actividades de auxilio económico otorgadas por la Administración General del Estado, la Administración de las comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local, las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas que impliquen gasto para la Hacienda Pública y de la Unión Europea.

Además, en este caso quedó probado el dictado de un acto administrativo de concesión de la ayuda y el pago de las mismas, así como el destino de la misma para un fin propio del recurrente alterando el fin de la ayuda previsto como garantía y condición de la petición, que fue modificado, aunque esta fuera la intención inicial de defraudar a la Administración para obtener la ayuda. Para el recurrente era irrelevante que fuera gratuita o no, ya que no había en ningún momento intención de devolver, sino de destinarla a fines propios.

Debemos insistir en el plano diferencial en el que se construye el tipo penal, ya que el recurrente pone el acento en que la obligación de devolver excluye la tipicidad, lo que no es correcto. Y, así, hay que diferenciar entre lo que es la subvención y la ayuda.

La mejor doctrina apunta al respecto que:

a.- Se podría definir la subvención como una cantidad dada a fondo perdido, es decir de modo gratuito, que concede la Administración a un particular que cumple unos determinados requisitos.

b.- Por otra parte, la *ayuda* comprende todos aquellos supuestos en los que la Administración beneficie a sus destinatarios, ya sea mediante la concesión de intereses preferenciales o moratorios.

En este segundo caso se permite que quede encuadrada la ayuda de la Administración que en este supuesto se entregó con obligación de devolver en plazo, lo que en este caso el recurrente nunca tenía intención de devolver y una vez recibida se la apropió para fines propios.

También es relevante en este caso la muy reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 156/2021 de 24 Feb. 2021, Rec. 4602/2019 donde se concluye que:

"Decíamos en la STS 543/2017, de 12 de julio, que "la previsión del art. 308 CP tiene como finalidad evitar que valores de naturaleza pública afectados a un fin bien preciso, (...), puedan resultar desviados del destino previsto para ellos. De este modo, es claro, procurar que este destino se cumpla es el bien jurídico a cuya realización se orienta esa previsión jurídico-penal (STS 2052/2002, de 11 de diciembre y 1308/2003, de 7 de enero de 2004) ". De esta forma, el desvalor del delito se encuentra más en la perturbación del plan de la subvención o ayuda de acuerdo con las condiciones prefijadas en el programa, que en el menoscabo del erario público.



El tipo penal integra no solo las conductas que tienen por objeto subvenciones en sentido estricto sino también las ayudas de las Administraciones Públicas. Ello no es objeto de debate en este momento. Tampoco lo es que los créditos sin interés o con interés inferior al de mercado que concede la Administración Pública se incluyen en el concepto de ayuda pública.

... la acción descrita en el tipo penal ha de realizarse y consiste en aplicar la ayuda concedida "a fines distintos de aquéllos para los que fue concedida".

A diferencia de la subvención, no existe concepto normativo de ayuda de las Administraciones Públicas, constituyendo una cláusula residual que incluye las actividades de auxilio económico otorgadas por aquellas que impliquen gasto para la Hacienda Pública.

La conducta descrita afecta por ello al proceso de ejecución de la ayuda concedida, consistiendo en su aplicación a fines distintos para los que fue concedida. En consecuencia, la acción será típica cuando el importe de los fondos desviados sea superior a ciento veinte mil euros.

En el supuesto examinado, la ayuda que fue recibida por el acusado fue un préstamo por importe de 800.000 euros, con un plazo de amortización de diez años, dos de carencia y 0% de intereses. Y es tal ayuda, el dinero prestado en esas condiciones, lo que debía ser destinado a los fines especificados por la Administración.

El propio concepto de interés determina la imposibilidad de aplicar tal cantidad a un fin distinto de aquel para el que se concedió la subvención o ayuda.

No hay duda que la actividad que tenía que realizar el acusado estaba sufragada por la Administración Pública, no con los intereses, sino con los fondos públicos que le fueron entregados en virtud de un préstamo sin interés. Se trataba de fondos públicos entregados con un fin muy concreto, el desarrollo de la actividad concertada. Y fueron estos fondos los que, conforme señala el hecho probado, se aplicaron "a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida". No eran los intereses, que no existían, sino los propios fondos públicos entregados los que debían ser aplicados a los fines señalados en la Resolución por la que fueron concedidos. Los fondos no dejaron de ser públicos al ser traspasados al acusado. Lo que se le transmitió no fue la titularidad del dinero sino su gestión para su aplicación a un proyecto muy concreto.

Con ello, en este caso se concretó la condena "ante un supuesto de *Préstamos sin interés* y se refleja que la conducta típica afecta al proceso de ejecución de la ayuda concedida, consistiendo en su aplicación a fines distintos para los que fue concedida. En consecuencia, la acción será típica cuando el importe de los fondos desviados sea superior a ciento veinte mil euros. Y en este caso, la ayuda consistió en préstamo con periodo de carencia e interés a tipo cero, que el acusado destinó a fines distintos al proyecto industrial a desarrollar para la que se concedió, incumpliendo las condiciones de gasto de las bases de la subvención."

En el presente caso ocurrió lo mismo, ya que se trató de una ayuda reintegrable al modo de un préstamo de la Administración. La conducta del recurrente es, pues, típica.

Además, consta en los hechos probados que "El acusado, con el fin de aparentar que se habían realizado las inversiones, elaboró facturas sin contenido económico real, cuya relación presentó ante la administración (a través de Ezequias que desconocía su carácter ficticio) para justificar la inversión supuestamente realizada y obtener así los referidos ingresos."

Y como señala la STS 277/2015, de 3 de junio: "Cabe fraude de subvenciones sin necesidad de falsificar documentos, por lo que de producirse además esta conducta, surge un concurso real, en su caso, medial [...]. El art. 308 habla de falseamiento de las condiciones, pero eso no significa que pertenezca a la esencia del fraude de subvenciones la realización de falsedades documentales. Hacer constar elementos inveraces en la solicitud de subvención no sería falsedad típica, sino manifestaciones inveraces en un documento. Cuando se intenta respaldar esas manifestaciones inveraces aportando documentos mendaces elaborados a tal fin, habrá concurso de delitos: en este caso tanto las certificaciones en las que se ha simulado la intervención de personas que no la han tenido, como facturas totalmente simuladas (art. 390.1.2 y 392 CP) pues no respondían a operaciones reales, como, por fin, otras alteradas".

En este caso, el recurrente, según la prueba practicada de cuya valoración discrepa el recurrente, ideó la presentación de una solicitud para obtener la *ayuda reintegrable* de la Administración pero articulándolo con fraude, aunque utilizara a terceros para la mera presentación, pero con la idea, que consiguió, no lo olvidemos, de que el beneficio fuera para él.

Y dado que el recurrente hace mención a los hechos probados, aunque cuestiona la subsunción de los hechos probados en el tipo penal del art. 308 CP de una forma claramente errónea, ya que lo lleva a cabo por la vía del art. 852 LECRIM en lugar de hacerlo por la del art. 849.1 LECRIM, lo que ya daría lugar a su inadmisión, debemos recordar los hechos probados en cuanto a que:



"1.- Ideación criminal del recurrente fijada en los hechos probados.

El acusado, con el fin de que le fuese concedido a la sociedad un anticipo reintegrable por el Gobierno Vasco en el marco del programa GAUZATU- INDUSTRIA, elaboró un proyecto de inversión 2012-2015 denominado "Implementación de Proyectos para Internet en el ámbito de las redes sociales" *para hacer creer a dicha administración que el importe que en el futuro recibiera en tal concepto lo destinaría a crear un portal web con vocación de convertirse en red social*, desarrollo de una nueva tecnología con denominación "Mi Avatar" y creación y mantenimiento de páginas web para terceros, cuando no tenía intención alguna de desarrollar dichos proyectos, entre mayo de 2012 y abril de 2015 (periodo de ejecución), siendo su verdadera intención destinar dichos importes a fines privados propios o de terceros.

2.- Actuación del recurrente por autoría mediata.

Y en ningún caso la de desarrollar estos proyectos entre mayo de 2012 y abril de 2014, periodo en que debía hacerse. Elías, *valiéndose de terceros* contra los que no se dirige el presente procedimiento (Ezequias y Fausto, socios de INTERNATIONAL TECHNOLOGY) *al ser desconocedores del verdadero propósito del acusado*, presentó, a través de Ezequias el 15/05/2012 ante el Gobierno Vasco el referido proyecto, cumplimentando la correspondiente solicitud, incluida memoria descriptiva, técnica y económica del proyecto (a los folios 1 a 36 de la pieza separada remitida por el Gobierno Vasco).

3.- Consecución de la ayuda de la Administración con fraude.

De esta manera, el acusado logró que en virtud de Resolución de 29/10/2012 del Viceconsejero de Industria y Energía del Departamento de Industria, Innovación, Comercio y Turismo del Gobierno Vasco, dictada en el Expediente nº NUM002, le fuese concedida a la mercantil un anticipo reintegrable de 1.453.500 euros en el marco del programa GAUZATU INDUSTRIA (a los folios 152 a 155 de la pieza separada anticitada).

En ejecución de la referida resolución fueron dictadas otras resoluciones por las que la mercantil recibió del Gobierno Vasco en la cuenta NUM003 abierta a su nombre en la entidad KUTXABANK las siguientes cantidades:

- El 08/03/2013 la cantidad de 109.718,21 euros, en virtud de Resolución de 13/02/2013 (a los folios 191-192 de la pieza separada) del Director de Desarrollo Industrial, por la que se ordena el abono de dicha cantidad en concepto de anticipo reintegrable a la mercantil, al haber presentado el 15/01/2013 declaración de inversiones materializadas por importe de 365.727,36 euros (a los folios 167 y ss de la pieza separada).

- 24/07/2013 la cantidad de 244.018,87 euros en virtud de Resolución de 23/07/2013 del Director de Desarrollo Industrial (a los folios 250 a 253), por la que se ordena el abono de dicha cantidad en concepto de anticipo reintegrable a la mercantil, al haber presentado el 12/06/2013 declaración de inversiones materializadas por importe de 813.396,23 euros (a los folios 193 a 202 de la pieza separada).

4.- Alteración y falsificación del destino de la ayuda.

Dichas cantidades debían destinarse a realizar una inversión por importe de 5.743.000 euros para el desarrollo del proyecto presentado y debían ser devueltas durante los dos primeros meses del año 2017 y antes del último día hábil del mes de julio del año 2021, considerándose incumplimiento la no ejecución de un mínimo de 120.000 euros y la no creación de un mínimo de 3 puestos de trabajo.

El acusado, con el fin de aparentar que se habían realizado las inversiones, elaboró facturas sin contenido económico real, cuya relación presentó ante la administración (a través de Ezequias que desconocía su carácter ficticio) para justificar la inversión supuestamente realizada y obtener así los referidos ingresos.

De esta manera:

- Para obtener el primer ingreso, en fecha de 09/01/2013 presentó una relación de 8 facturas por un total de 365.727,36 euros, dos emitidas por DAXSERV SL con los nº NUM004 y NUM005, tres emitidas por SC VIP CONTACT SRL con los nº NUM006, NUM007 y NUM008, una emitida por Romulo con el nº NUM009, una emitida por SOD TECHNOLOGIES P LTD con el nº NUM010 y una emitida por LOMBER INFORMATICA SL con el nº NUM011 (a los folios 168 a 173 de la pieza separada).

- Para obtener el segundo ingreso, en fecha de 05/06/2013 presentó una relación de 24 facturas por un importe total de 813.396,23 euros, tres emitidas por DAXSERV SL con los nº NUM012, NUM013 y NUM014, cuatro emitidas por SOLUCIONES CORPORATIVAS IP SLU con los nº NUM015, nº NUM016, nº NUM017 y nº NUM018, una emitida por OBJECTIVE CONCEPT con el nº NUM019, tres emitidas por SC EMACOLIN SRL con los nº NUM020, NUM021 y NUM022, una emitida por INNOVA CREACIONES SC con los nº NUM038, dos emitidas por MEDIA MARKT con los nº NUM023 y NUM024, tres emitidas por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL con los nº NUM025, nº NUM026 y nº NUM027, cuatro facturas emitidas por K- TUIN



SISTEMAS INFORMATICOS SA con los n° NUM028 , n° NUM029 , n° NUM030 , n° NUM031 , una emitida por Romulo con el n° NUM032 , una emitida por SOD TECHNOLOGIES P LTD con el n° NUM010 y una emitida por LOMBER INFORMATICA SL con el n° NUM011 (a los folios 194 a 198 de la pieza separada). El acusado destinó dichos importes a fines privados propios o de terceros relacionados con él."

Con ello, ha quedado acreditada la ideación criminal del recurrente, la confección del proyecto y programa utilizando a terceros *con autoría mediata* para el fin previsto de obtener la ayuda de la Administración por medio de fraude y sin intención de devolver.

Existe un falseamiento de las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, lo que es elemento del tipo. Y, además, a tenor del apartado 2º del art. 308 CP incumple las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida, ya que lo destina a fines propios el importe recibido alterando el objetivo de la ayuda.

Hay que entender que la ayuda reintegrable debe estar incurso en el tipo de ayuda dada por la Administración a un particular, ya que el art. 308 CP no restringe el tipo de ayuda, y la forma en la que se ejecute o negocie ésta por la Administración.

Además, sujeto activo del delito era el recurrente, ya que consta que:

"El acusado gestiona de manera efectiva la mercantil IRIARTE GRUPO LANZAROTE SA (A-35899731) desde el 16/05/2012, fecha en la que, en virtud de acuerdo alcanzado en Junta General, se estableció el domicilio de la sociedad en Santa María de Lezama, Caserío Larrakoetxe n° 23 y se le nombró presidente del consejo de administración y apoderado. En virtud de acuerdo adoptado en Junta General de fecha de 14/09/2012 se cambió a la sociedad de denominación por la de INTERNATIONAL TECHNOLOGY CORP.SOFT. SA. El acusado, con el fin de que le fuese concedido a la sociedad un anticipo reintegrable por el Gobierno Vasco en el marco del programa GAUZATU-INDUSTRIA, elaboró un proyecto de inversión 2012-2015 denominado "Implementación de Proyectos para Internet en el ámbito de las redes sociales" para hacer creer a dicha administración que el importe que en el futuro recibiera en tal concepto lo destinaría a crear un portal web con vocación de convertirse en red social, desarrollo de una nueva tecnología con denominación "Mi Avatar" y creación y mantenimiento de páginas web para terceros, cuando no tenía intención alguna de desarrollar dichos proyectos..."

El cargo ostentado por el recurrente le otorga la cualidad de sujeto activo del delito, ya que es el que diseña el operativo, elabora el proyecto y lo prepara todo para su presentación ante la Administración para el fin pretendido, articulando con posterioridad la presentación de los documentos falsos para aparentar el cumplimiento de los requisitos de la ayuda de la Administración.

El recurrente incide en la firma de la solicitud, pero no hay que olvidar que ha quedado acreditado y motivado en la sentencia que ello se lleva a cabo desde el diseño de la autoría mediata del recurrente, como ha concluido el Tribunal tras haberse practicado las pruebas antes expuestas. Por ello, aunque el querellante haya intervenido también lo hizo en la confianza que le transmitía la gestión llevada a cabo por el recurrente desconociendo el ilícito fin que llevaba consigo en su ideación como el Tribunal ha concluido y motivado.

Cuestiona el recurrente la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal y su participación en el expediente administrativo, así como la credibilidad de los testigos que actuaron como querellantes, pero se ha expresado cómo éste ha motivado de forma detallada toda la tenida en cuenta para llegar a la convicción de que el autor real mediato del operativo era el recurrente, aunque utilizara para ello al Sr. Ezequias , que intervino considerando la legalidad del operativo, que más tarde se demostró que no era cierto cuando se detectó el aprovechamiento personal de las cantidades entregadas por la Administración para fines propios del recurrente, ya que este era el fin inicialmente pretendido que acabó consumándose, como consta en los hechos probados.

No existió un móvil espurio en la conducta de los querellantes. Tuvieron que acudir a la acción penal ante la magnitud de los extremos que han quedado reflejados en los hechos probados, y en la derivación posible de responsabilidades, aunque fueran civiles, que a ellos les iba a suponer. No puede hablarse de un móvil espurio en su conducta y actuación cuando fueron perjudicados por el fraude desplegado por la persona en la que habían confiado y que lleva a cabo el operativo desplegado, en unos casos por autoría mediata y en otros por inmediata.

Por otro lado, con respecto al alegato del recurrente de las facturas falsas no reflejadas inicialmente en la querrela indicar que es en la fase de instrucción y luego en la práctica de la prueba donde se va depurando por las diligencias de investigación y medios de prueba propuestos al juicio oral cuando se pueden ir aportando los medios probatorios, pero nótese que todo ello ya quedó configurado en el escrito de acusación del Fiscal y recordemos que ya fue descartada la indefensión alegada.



Recordemos que en los hechos probados consta que: *El acusado, con el fin de aparentar que se habían realizado las inversiones, elaboró facturas sin contenido económico real, cuya relación presentó ante la administración (a través de Ezequias que desconocía su carácter ficticio) para justificar la inversión supuestamente realizada.*

Además, obtenidos los ingresos *El acusado destinó dichos importes a fines privados propios o de terceros relacionados con él.*

Señala el Tribunal que en cuanto a la declaración de los testigos querellantes que; "En cuanto a las facturas obrantes a los folios 199 a 207, niegan haberlas preparado o confeccionado ellos, insisten en que no tenían conocimientos suficientes para ello ni para evaluar si correspondían a trabajos reales o no, de hecho cuando se les piden diversas aclaraciones sobre alguna de ellas demuestran la vinculación de los conceptos con el acusado o personas vinculadas con él. En particular, explican que las facturas referidas a la empresa DAXSERV SL, folios 200 a 202, dicha empresa es del acusado, las referidas a SC EMACOLIN SRL, folios 203 a 205, no la conocen."

Y en el FD nº 3 se añade que: "basta una comparación entre las facturas obrantes a los folios 199 a 202 de la causa emitidas, la primera por el autónomo Romulo y las tres restantes por DAXSERV, a INTERNATIONAL TECHNOLOGY, durante el primer trimestre de 2013 y 1 de abril del mismo año, y las inversiones realizadas que obran en la pieza separada del Gobierno Vasco, para apreciar que tienen fechas, conceptos, y cantidades distintas, aunque puedan coincidir en dos de ellas el emisor, Romulo y DAXSERV. SL. Pero eso no tiene la trascendencia que pretende el letrado alegante, ya que, precisamente, cada bloque documental ha tenido su propia incidencia en periodos distintos, como mecanismo de obtención de las subvenciones en un caso, y, como mecanismo de cargo indebido de cantidades en la cuenta social, en el otro."

Respecto de la declaración del recurrente y su valoración por el Tribunal que éste cuestiona hay que señalar que el Tribunal efectúa el juicio comparativo en la valoración de las pruebas y concluye el diseño operativo que organiza y gestiona el recurrente para su final apropiativo. No hay valoración arbitraria de esta declaración, sino que la confronta con el resto de la prueba practicada.

Pues bien, de lo expuesto resulta evidente, acreditado y motivado por el Tribunal que:

- 1.- Hay fraude en la obtención de la ayuda. Se disfraza el fin real de la ayuda que pedía aun con obligación de reintegro, pero se estaba defraudando a la Administración para obtener la "ayuda".
- 2.- Presenta facturas alteradas para disfrazar que se estaba llevando a cabo el objetivo.
- 3.- Se apropia para fines propios de las sumas entregadas por la Administración, desviándolas del fin real para el que se había solicitado la ayuda.
- 4.- El recurrente no puede negar "desconexión" personal con el operativo cuando es él el que diseña el proyecto, utiliza a un tercero con autorización para presentarlo en la creencia de que era positivo para la sociedad.
- 5.- Se apropia de las cantidades entregadas por la Administración para fines propios.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del numero 852 de la ley de enjuiciamiento criminal.

Entiende el recurrente que "la prueba tenida en cuenta para dar por probados los hechos, carece de toda base razonable para deducir condena para mi representado y no puede ser considerada como prueba de cargo lícitamente obtenida, en este caso en lo que se refiere al delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con delito de falsedad documental por el que ha resultado condenado mi mandante".

No obstante, articular el motivo por la vía del art. 852 LECRIM vuelve a llevar a cabo el alegato el recurrente por una vía que es más propia del art. 849.1 LECRIM, pero no alega el problema de la valoración de la prueba, sino que en esencia lo hace con respecto a los elementos del tipo penal de la apropiación indebida, lo que no es correcto, de salida, al plantear el motivo por la vía del art. 852 LECRIM en lugar de hacerlo por la del art. 849.1 LECRIM.

No pueden en un mismo motivo mezclarse alegatos de valoración de prueba y vulneración de la presunción de inocencia, y sostener cuestiones atinentes a la concurrencia, o no, de los elementos del tipo penal de la apropiación indebida por el que también es objeto de condena el recurrente.

En cualquier caso, hay que recordar que consta en los hechos probados que:



"El acusado, sin el conocimiento y consentimiento de los socios y los restantes miembros del consejo de administración, con ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, aplicó las cantidades ingresadas en la cuenta NUM003 de la sociedad a los siguientes fines particulares:

- a.- En fecha de 07/08/2013, traspasó un importe de 57.000 euros a la cuenta NUM033 de su titularidad.
- b.- En fecha de 09/08/2013, traspasó un importe de 140.000 euros a la cuenta NUM034 titularidad de la mercantil y desde esta los traspasó a la cuenta NUM035, titularidad de DAXSERV SL cuyo representante es Epifanio.

El acusado, con el fin de crear la apariencia de la existencia de relaciones comerciales entre DAXSERV SL e INTERNATIONAL TECHNOLOGY CORP.SOFT. SA que justificaban el referido traspaso, emitió a la segunda nombre de la primera facturas NUM036 por importe de 69.212 euros, 2/2013 por importe de 106.383 euros y 3/2013 por importe de 87.218 euros (a los folios 200 a 202 de la causa).

IV.- Igualmente, sin el conocimiento y consentimiento de los socios y los restantes miembros del consejo de administración, con ánimo de obtener un beneficio económico ilícito, el acusado cargó en la misma cuenta NUM003 facturas por compras de objetos que no fueron destinados a la actividad de la sociedad, sino que lo fueron a uso particular o de familiares.

En concreto cargó:

- 1.- En fecha de 15/03/2013 la factura N° NUM037 emitida por MEDIA MARKT ALICANTE por importe de 348,90 euros (al folio 210 de la causa).
- 2.- En fecha de 23/03/2013 la factura N° NUM025 emitida por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL por importe de 598,95 euros (al folio 207 de la causa).
- 3.- En fecha de 23/03/2013 la factura N° NUM026 emitida por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL por importe de 2.729 euros en favor de Héctor (al folio 208 de la causa).
- 4.- En fecha de 23/03/2013 la factura N° NUM027 emitida por APPLE DISTRIBUTION INTERNATIONAL por importe de 2.729 euros (al folio 210 de la causa).

V.- La realización de los hechos anteriormente descritos supuso que los fondos que había en la cuenta NUM003 de la sociedad disminuyesen en un importe total de 203.405,85 euros y que la administración declarase incumplido el proyecto, obligando a la mercantil a reintegrar 353.737,08 más 6.517,03 euros en intereses, dejando sin fondos a la sociedad con los que hacer frente a dicha obligación."

Señala el Tribunal en el FD nº 3 que:

"Los hechos probados previstos en los apartados I, III y IV, son constitutivos de un delito continuado de falsedad documental previsto y penado en los arts. 392.1.1º y 392 CP, en concurso medial con un delito continuado de apropiación indebida, previsto en el art. 252 CP (actual 253), que, por concurso de normas, desplaza al delito societario de administración desleal, previsto en el antiguo art. 295 CP (actualmente incluido en el nuevo art. 252 CP).

a.- Ha quedado probado, que (con la salvedad de determinados y reducidos abonos realizados a los querellantes, que serán excluidos de la cuantía total apropiada) el acusado, en su condición de administrador único de la sociedad y como único autorizado en la cuenta de la misma, con olvido manifiesto del proyecto societario, con ánimo de lucro propio, distrajo y, además, se apropió definitivamente de diversas cantidades:

57.000 euros, el 7 de agosto de 2013, y *140.000 euros*, el 9 de agosto del mismo año, estos últimos transferidos a una cuenta a nombre de una sociedad de su propiedad DAX SERV SL, presentando facturas de una actividad comercial con dicha sociedad (a los folios 200 a 202 de la causa).

b.- Asimismo, sin conocimiento ni consentimiento de los restantes socios y miembros del órgano de administración, hizo cargos en dicha cuenta, por gastos personales, por cuantía de 203.405,85 euros, (a los folios 207 a 210) hasta dejar la cuenta a cero.

Como consecuencia de todo ello, la administración declaró incumplido el proyecto, obligando a la mercantil y a sus socios a devolver la cuantía de 353.737,08 euros, más 6.517,03 euros en concepto de intereses."

Motiva, además, el Tribunal que:

"El perjuicio a la sociedad constituida con un fin empresarial, un proyecto económico y laboral, que no se ha iniciado siquiera, es incuestionable. En tal sentido la alegación hipotética, de que la sociedad debiera haber estado en proceso concursal por un manifiesto desbalance entre ingresos y pérdidas (que desde luego en el momento de recibir los anticipos reintegrables quedaba eliminado), pudiera cobrar alguna relevancia en el



plano de su responsabilidad patrimonial frente a terceros acreedores, sean públicos o privados, pero carece de relevancia para eliminar la tipicidad de la conducta pues es un elemento que no está previsto en el tipo delictivo. Lo cierto es que hubo un patrimonio integrado válidamente en el activo social que beneficiaba a todos los socios para el desarrollo del proyecto empresarial y que el acusado con uso de documentos falsos se apropió definitivamente del mismo.

- Resulta de ciencia-ficción el argumento de que las dos extracciones realizadas de la cuenta de la sociedad, obedecen a que, en el expediente administrativo aparece una aportación de capital de 60.000 euros por su parte, ya que de tal aportación no existe documento ni prueba alguna. Y respecto de la segunda extracción, por importe de 140.000 euros, transferidos a la sociedad DAXSERVSL, es insoportable, conforme a la lógica de la prueba practicada, que se diga que no se ha acreditado que el acusado haya dispuesto o recibido esa cantidad de dicha sociedad, teniendo en cuenta las vinculaciones ya indicadas con dicha sociedad, así como que la orden de transferencia la dió él, lo que integra, sin duda, la conducta distractoria y de apropiación prevista en el tipo."

El Tribunal valora que lo que ha habido más que una administración desleal es una apropiación indebida, porque eso es lo que ha ejecutado el recurrente, apropiarse en perjuicio de la sociedad de las cantidades que constan en los hechos probados. Hay más una apropiación que una mera administración desleal. Y por ello, el Tribunal señala que "por lo que procederá, conforme a la jurisprudencia ya anotada, decantándonos por la condena por el delito de apropiación indebida".

Pues bien, ha quedado acreditada la existencia de las conductas de apropiación indebida del recurrente, y la circunstancia de que los querellantes aportaran dinero, o no, a la sociedad resulta absolutamente irrelevante a los efectos de la tipicidad de los hechos.

Consta probada la conducta de distracción de dinero por parte del recurrente, ya que los importes detraídos eran de la sociedad, no de él mismo, y/o para sus fines personales. Y resulta acreditado que de los fondos de la sociedad detrae los importes o hace cargos en la cuenta societaria. Introduce el concepto de que los importes detraídos no eran de "patrimonio ajeno" cuando consta probado que *El acusado gestiona de manera efectiva la mercantil IRIARTE GRUPO LANZAROTE SA (A-35899731) desde el 16/05/2012, fecha en la que, en virtud de acuerdo alcanzado en Junta General, se estableció el domicilio de la sociedad en Santa María de Lezama, Caserío Larrakoetxe nº 23 y se le nombró presidente del consejo de administración y apoderado. En virtud de acuerdo adoptado en Junta General de fecha de 14/09/2012 se cambió a la sociedad de denominación por la de INTERNATIONAL TECHNOLOGY CORP.SOFT. SA mientras que Ezequias y Fausto, son socios de INTERNATIONAL TECNOLOGY.*

No puede hablarse de que la sociedad se trataba de un patrimonio propio del que el recurrente pudiera disponer a su antojo y sin justificación destinar los fondos a fines propios o cargar en la cuenta actividades ajenas a la actividad societaria, y, mucho menos, instrumentalizar la misma para el declarado probado fraude ex art. 308 CP por el que es condenado y supuso un perjuicio económico societario. Con respecto a que la sentencia, en cualquier caso no haya fijado la responsabilidad civil no altera que las cantidades que constan acreditadas son las que han sido detraídas de los fondos de la sociedad, ya que una cosa es el perjuicio a la acusación particular y otra distinta es la constancia y prueba de las sumas de las que se apropió el recurrente que son las reflejadas en los hechos probados y cargos indebidos efectuados.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por infracción de ley del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aunque ya se trató de alguna manera sobre la infracción de ley ex art. 849.1 LECRIM en el motivo 2º se vuelve a traer en este caso.

Señala el recurrente que "lo único que consta acreditado es que por parte del Gobierno Vasco se acordó la concesión de un anticipo reintegrable a la entidad International Technology Corp. Soft S.A., que se realizó una transferencia de determinada cantidad de dinero por parte de la administración a la cuenta de la citada entidad y que finalmente se dictó resolución por la que se declaró el incumplimiento del proyecto para el que se concedió dicho anticipo y se ordenaba la devolución de las cantidades ingresadas, sin que conste suficientemente justificado en la sentencia de instancia que en el presente supuesto nos encontremos con una subvención, desgravación o ayuda que pueda ser considerada objeto material del tipo previsto en el artículo 308 del Código Penal; elemento absolutamente necesario para entender cometido el delito de fraude de subvenciones que se imputa a mi patrocinado."

Se ha tratado ya de forma detallada en relación al motivo nº 2 FD nº 3 en la presente resolución lo relativo al proceso de subsunción de los hechos probados en el tipo penal del art. 308 CP al que nos remitimos en su explicación detallada al respecto de la concurrencia de los elementos del tipo penal.



Se desestima el motivo.

SEXTO.- 5.- Por infracción de ley del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se alega que no concurren en la Sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Málaga, con sede en Melilla, los requisitos exigidos doctrinal y jurisprudencialmente para la aplicación del delito de apropiación indebida.

Ya hemos expuesto que con ocasión del motivo 3º también se incluyó una tácita referencia a la infracción de ley, por cuanto se cuestionó la concurrencia de los elementos del tipo penal.

Ya hemos hecho mención al proceso de subsunción de los hechos probados ya expuestos en cuanto a este delito en el tipo penal objeto de condena a lo que nos referimos en el motivo nº 3.

Se alega por el recurrente que:

"El Tribunal de instancia declara que el Sr. Héctor se apropió de determinada cantidad de dinero de la cuenta de la entidad International Technology mediante la realización de ciertas transferencias y que igualmente cargó en dicha cuenta una serie de gastos personales; y que el Gobierno Vasco declaró incumplido el proyecto por el que se le concedía un anticipo reintegrable, ordenando la devolución de las cantidades que hasta ese momento se le habían abonado. Ahora bien, se omite por completo que los propios querellantes reconocen que no hicieron ninguna aportación a la sociedad, afirmando que cedieron su empresa por 0 pesetas; que a cada uno de ellos les correspondía el 10 % de la participación social mientras que al acusado le correspondía el 80 %; que en el momento de declararse el incumplimiento del proyecto por el Gobierno Vasco por su parte no se había hecho ninguna aportación al mismo, no ya solo mediante la realización de una inversión monetaria, tampoco con la aportación de su propio trabajo; y que tanto el proyecto informático que sirvió de base para la solicitud del anticipo reintegrable como su memoria descriptiva, técnica y económica fue efectuada por el acusado."

Pero ya hemos expuesto que la sociedad es patrimonio ajeno, y de la cuenta de la misma es de la que se apropia de las cantidades que se declaran probadas y a la que hace cargos indebidos. Lo que resulta evidente, en contra de lo expuesto por el recurrente, es que esa cuenta de la que se extraen los importes o se hacen cargos no es personal del recurrente, sino societaria. Por ello, existe apropiación indebida.

Y resulta evidente el perjuicio al patrimonio social desde el punto de vista de que se detrae dinero destinado al fin societario a un fin propio, o se efectúan cargos en la cuenta societaria para fines propios, también. El cumplimiento del perjuicio resulta evidente.

No puede negarse la existencia de una apropiación indebida en los actos declarados probados de disposición de la cuenta societaria que causan un perjuicio a la misma sociedad que no es patrimonio privativo del recurrente.

La circunstancia de las aportaciones, o no, de los querellantes resulta un argumento absolutamente irrelevante a la hora de cuestionar la existencia de la correcta tipicidad del delito de apropiación indebida, habida cuenta que no se trata de analizar el mecanismo societario de aportaciones a la sociedad por parte de los socios, si no si el condenado en la presente causa ha llevado a cabo una distracción patrimonial de los fondos existentes en la cuenta societaria de forma irregular además de efectuar cargos en la misma para fines privativos.

La disposición irregular del saldo aprovechando el líder delictivo llevado a cabo supone una actuación en concurso real con los actos previos llevados a cabo para conseguir las ayudas de la Administración en virtud de las cuales la sociedad dispone de efectivo que es de traído de las cuentas por el propio recurrente lo cual está declarado probado.

En este sentido, como decimos, la existencia de aportaciones económicas, o no por parte de los querellantes no supone un elemento que determine si el delito de apropiación indebida se comete o no sino que el tipo queda configurado por los actos de apropiación y distracción de dinero de los fondos de la cuenta societaria. Además, el perjuicio resulta relevante en tanto en cuanto supone una descapitalización económica de la sociedad, tal y como consta en el relato de hechos probados y los actos consiguientes que de ello se derivan. La cuestión atinente de la responsabilidad civil será materia a resolver desde el punto de vista societario por el perjuicio lógico causado a la sociedad por la distracción de dinero de forma irregular por el recurrente.

Respecto a la cuestionada tipificación por el recurrente del delito de apropiación indebida debemos recordar un supuesto similar al presente que reflejamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 316/2018 de 28 Jun. 2018, Rec. 2036/2017 donde se introdujo el concepto del *compliance ad intra y ad extra* en el ámbito de las sociedades mercantiles. Y ello, por considerar que la introducción de los programas de cumplimiento normativo no deben asimilarse tan solo a las sociedades mercantiles, por un lado, sino que deben implantarse en cualquier tipo de organización, a fin de evitar situaciones como la aquí producida en



la que sin ningún tipo de control ni fiscalización ad intra por nadie el recurrente articula, diseña y ejecuta un plan para dirigirse a la Administración Pública para obtener una ayuda pública, que aunque fuera reintegrable es "ayuda pública" al evitarse una financiación más costosa la sociedad. Sin embargo, la intención clara del recurrente era no devolverlo y apropiárselo, como llevó a cabo.

Esta falta de control que fue permitido en la sociedad por no disponer de un programa de *compliance* nos lleva al terreno de no circunscribir su implantación solo al ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino, también, a la auto protección empresarial, habida cuenta que muy posiblemente los hechos aquí declarados probados no hubieran ocurrido con un buen programa de cumplimiento normativo, salvo que el recurrente hubiera eludido fraudulentamente los mecanismos de control (art. 31 bis. 2.3º CP). Pero, al menos, hubiera tenido mecanismos de pantalla que le hubiera dificultado llevar a cabo con la facilidad con que lo hizo los actos fraudulentos ante la Administración, la confección de facturas ad hoc y los actos de apropiación indebida, todo lo cual viene facilitado por la ausencia de un adecuado mecanismo de autoprotección interna.

En cualquier caso, esa ausencia de esta protección *ad intra* no exonera de responsabilidad al recurrente trasladando a la sociedad la inexistencia de estos mecanismos de control interna, pero sí abre la puerta a considerar que, de alguna manera, se facilitan actos como los aquí declarados probados que en otras circunstancias podrían haber sido detectados a tiempo, o que, al menos, el programa de cumplimiento normativo hubiera actuado a modo de prevención especial para evitar delitos de la misma naturaleza de los cometidos, siguiendo el dictado del propio Código Penal cuando en el art.31 bis.2.1º y 4 CP se recoge esta mención.

Pues bien, en el caso analizado en la sentencia antes citada se realizaron actos por el administrador societario, unos de apropiación indebida por consistir en actos de apropiación de dinero, y otros por gestión desleal que quedaron configurados, además, como delitos de administración desleal, ya que no se trata de considerar los hechos como uno u otro delito, sino que, como en esta sentencia se admitió, se configuró como delito continuado de apropiación indebida y administración desleal, al participar los hechos de los elementos de ambas modalidades delictivas.

Así, recordaremos que se recoge en la citada sentencia que:

"La interpretación acertada que sigue el Tribunal es la que se convalida por esta Sala, ya que de ser así cualquier administrador que tiene autorización, obviamente, de gestión por su sociedad para la que trabaja o a quien representa podría, bajo ese manto de "autorización", realizar los actos dispositivos que quisiera en su propio beneficio y en perjuicio de la sociedad sin que ello supusiera un delito de apropiación indebida por entender que está "autorizado". Pero es que la autorización que tienen los administradores societarios son y están dirigidas para gestionar de forma diligente las sociedades para las que trabajan o a quien representan.

Por ello, ha sido pieza esencial en la reestructuración del buen gobierno corporativo de las sociedades que se implanten e implementen protocolos de buena gestión de los administradores de las sociedades mercantiles, a fin de que sus gestores actúen con arreglo a unos parámetros que ya se fijaron en el año 1997 en el conocido "Código Olivenza". Y así, el consejo de ministros, acordó, en su reunión de 28 de febrero de 1997, la creación de una Comisión Especial para el Estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades. Nació así la Comisión Olivencia con un doble encargo: redactar un informe sobre la problemática de los consejos de administración de las sociedades que cotizan en bolsa (Informe sobre el Consejo de Administración); y, en segundo lugar, elaborar un Código de Buen Gobierno de asunción voluntaria por parte de dichas empresas. La finalidad de ambos documentos era la de dar respuesta a una creciente demanda de mayores cotas de eficacia, agilidad, responsabilidad y transparencia en la gestión, en aras a una más elevada credibilidad y una mejor defensa de los intereses de los accionistas; en suma hacer que los consejos sean auténticos dinamizadores de la vida de la empresa.

... Por ello, señala el Tribunal que concurren en la conducta del acusado todos y cada uno de los elementos integrantes de la apropiación indebida del art. 252 (y de la administración desleal del art 295 del Código Penal), en redacción anterior a la vigente que resulta aplicable por más beneficiosa, al resultar acreditado a través de correspondiente prueba de cargo, la actuación desarrollada por el acusado que se proyectan en cuanto:

1.- Dispone en beneficio propio a través de transferencias o disposiciones directas de caja, domiciliación en cuentas de la empresa de sus gastos personales y apropiación de 3.000 euros de un pago en metálico correspondiente a la sociedad, así como la apropiación de 9.040,16 toneladas de carbón de importación, sin conocimiento ni autorización de la empresa y sin que existiese razón comercial alguna para ello, apropiándose del producto obtenido tras su venta a terceros, para incorporarlo a su patrimonio, que conduce a su inclusión en el delito de apropiación indebida tiempo de comisión de los hechos en su redacción vigente (art 252 CP 95).

a.- Las transferencias a su cuenta ascendieron al importe total a la suma de 126.976,96 euros.

- b.- Las facturas por temas personales ascendieron en su importe a un total de 19.154,07 euros.
- c.- Del dinero recibido en la sociedad que administraba por parte del cliente, EMERGICAR S.L se quedó 3.000 euros que no ingresó en la sociedad."

Y en cuanto a la delimitación propia del delito de apropiación indebida en los actos propios de apoderamiento de dinero para fines propios destaca esta sentencia que:

"Situación anterior a la reforma del CP por LO 1/2015 de los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

Al objeto de poder valorar las diferencias existentes es preciso arrancar desde la situación del régimen legal anterior a la LO 1/2015 aplicable a los hechos probados, para fijar las posiciones acerca de lo que la jurisprudencia destacaba que eran los elementos diferenciales de uno y otro tipo penal. Veamos:

1.- Distinta ubicación de cada delito: La apropiación indebida dentro de los delitos contra el patrimonio (art. 252 CP) y el de administración desleal (art. 295) estaba dentro de los delitos societarios.

2.- Se trataba, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del artículo 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 462/2009 de 12 May. 2009, Rec. 1469/2008).

3.- Actos distintos sobre todo en cuanto a la apropiación, o no.

a.- En el art. 295 del CP (administración desleal), las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves -de ahí la diferencia de pena- que los contemplados en el art. 252 del CP.

b.- En el art. que en el art. 252 del CP (apropiación indebida), el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado.

4.- El bien jurídico también sería distinto en ambos casos.

Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador.

5.- La disposición definitiva de los bienes.

El criterio sustancial que sigue la jurisprudencia mayoritaria en casación para delimitar el tipo penal de la apropiación indebida en su modalidad de gestión desleal por distracción de dinero (art. 252 del C. Penal) y el delito societario de administración desleal (art. 295 del C. Penal) es el de la disposición definitiva de los bienes del patrimonio de la víctima, en este caso del dinero. De forma que si el acusado incorpora de modo definitivo el dinero que administra a su propio patrimonio o se lo entrega definitivamente a un tercero, es claro que, al hallarnos ante una disposición o incumplimiento definitivos, ha de operar el tipo penal más grave: la apropiación indebida. En cambio, si el administrador incurre en un abuso fraudulento de sus obligaciones por darle un destino al dinero distinto al que correspondía pero sin el ánimo de disponer de forma definitiva en perjuicio de la sociedad, de modo que cuenta con un retorno que después no se produce, estaríamos ante el tipo penal más liviano, es decir, el de la administración desleal del art. 295 del CP.

Por tanto, la disposición definitiva del bien sin intención ni posibilidad de retorno al patrimonio de la entidad siempre sería un delito de apropiación indebida y no un delito societario de administración desleal.

En el caso que aquí se ha tratado ha habido una acumulación de conductas que permite incluirlas en ambos tipos penales que han sido objeto de condena lejos de aceptarse la alegación del recurrente de acudir, de forma



subsidiaria, a entender que todo se debe reconducir a la apropiación indebida en el peor de los casos, lo que no puede aplicarse.

6.- La distracción del dinero. El "punto sin retorno".

Apropiación indebida: La conducta consistente en incorporar con vocación definitiva al propio patrimonio el objeto recibido, con vocación definitiva, será un delito de apropiación indebida siempre que se haya superado lo que en algunas sentencias se ha denominado punto sin retorno (SSTS 973/2009, de 6 de octubre; 271/2010, de 30 marzo; 776/2010, de 21 de setiembre, entre otras). Pues en todos estos casos concurre el llamado "animus rem sibi habendi", ánimo que acompaña a la conducta de quien actúa como dueño absoluto sobre un determinado bien aunque no tenga derecho a serlo en esa medida, y aunque su finalidad sea beneficiar a un tercero (STS 537/2014).

Por lo tanto, no se trata solamente de una administración o gestión desleal, es decir, de la conducta de un administrador que administra o gestiona el patrimonio de un tercero causándole dolosamente un perjuicio. Es algo más, diferente y, en principio, de mayor gravedad, pues aunque se incurra también en deslealtad, la conducta del administrador o del gestor consiste aquí en abusar de su cargo para hacer suyo con vocación definitiva lo que pertenece al titular del patrimonio que administra o gestiona. En estos casos hay que hablar legalmente de apropiación indebida, y de la modalidad de distracción cuando se trata de dinero u otros bienes de fungibilidad similar.

Administración desleal: STS 47/2010:

Administración desleal: "El administrador que, infringiendo los deberes de lealtad impuestos por su cargo 'administra' mal en perjuicio de su principal o de quienes se mencionan en el artículo 295, mediante las conductas descritas en ese tipo, cometerá un delito societario.

Apropiación indebida: El administrador, sea de una sociedad o de un particular, que abusando de sus funciones va más allá de las facultades que le han sido conferidas y hace suyo el patrimonio de su principal, causándole así un perjuicio, cometerá un delito del artículo 252 en la modalidad de distracción de dinero", cuando éste sea el objeto del delito (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 476/2015 de 13 Jul. 2015, Rec. 52/2015).

7.- Diferencia atendiendo al objeto: (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 517/2013 de 17 Jun. 2013, Rec. 2014/2012).

Apropiación indebida: El art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad al que nos referíamos como deber reconocido en la normativa mercantil y que vulneró el recurrente, pero con contenido de ilícito penal.

Administración desleal: El art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes:

- a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador;
- b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez.

8.- El apoderamiento: La única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida, en caso contrario, administración desleal, o si se quiere llamarlo así, fraudulenta.

La sentencia del Tribunal Supremo 574/2017 de 19 Jul. 2017, Rec. 115/2017 viene a señalar que "tal como se viene a sostener en la STS 656/2013, de 22 de julio, y se acoge en la sentencia de síntesis 206/2014, la tesis delimitadora más correcta entre los tipos penales de la distracción de dinero y bienes fungibles (art. 252 del C. Penal) y del delito de administración desleal es la que se centra en el grado de intensidad de la ilicitud del comportamiento del autor en contra del bien jurídico tutelado por la norma penal. De modo que ha de entenderse que las conductas previstas en el art. 295 del CP comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin un fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de actos de administración desleal. En cambio, la conducta de distracción de dinero prevista en el art. 252 del C. Penal, ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, presenta un carácter de apropiación o de incumplimiento definitivo que conlleva un mayor menoscabo del bien jurídico".

Con todo ello, los actos de apropiación de dinero declarados probados constituyen el delito de apropiación indebida por el que ha sido condenado el recurrente.



Se desestima el motivo.

SÉPTIMO.- 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

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Elias** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, de fecha 5 de abril de 2019, que le condenó por delitos de fraude de subvenciones en concurso medial con un delito de falsedad documental y de apropiación indebida. Condenamos a dicho 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 Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco

Vicente Magro Servet Javier Hernández García