

Roj: **STS 2528/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2528**Id Cendoj: **28079120012017100475**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/06/2017**Nº de Recurso: **1447/2016**Nº de Resolución: **455/2017**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **JUAN SAAVEDRA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 21 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de **Samuel**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, que condenó al acusado por un delito de malversación de caudales públicos-subsunción; los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la presidencia del primero de los indicados, siendo parte el Ministerio Fiscal, estando representado el recurrente por el procurador D. Jorge Laguna Alonso y asistido del Letrado D. Cándido Conde-Pumpido Varela; siendo parte recurrida el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Salamanca, incoó diligencias previas 3356/2012 contra Samuel, por delitos de apropiación indebida y fraude y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, que con fecha veintiuno de junio de dos mil dieciséis, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

<<Se declara probado que Samuel, mayor de edad, con DNI número NUM000, sin antecedentes penales, intervino en Salamanca en los hechos que se relatan a continuación.- La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el marco de las ayudas públicas concedidas como "Plan Avanza 2" dictó una resolución de fecha 14 de diciembre de 2011 por la que concedía a la Mercantil de Enne Digital Entertainment Studios S.L., dos subvenciones por importe respectivamente de 222.786,44 ? y de 2.414.631,41 ?, cantidades que se ingresaron el 22 de diciembre de 2011 y el 27 de diciembre de 2011 en la cuenta corriente del Banco Santander, a nombre de la citada empresa.- La empresa tiene su sede y domicilio social en la calle Laguna de Villafáfila, nº 90 Polígono Industrial "El Montalvo II" de Carbajosa la Sagrada (Salamanca). El acusado posee el 87,95 por ciento de las participaciones de la empresa y en calidad de tal era la persona encargada y responsable de los cobros y pagos y de las relaciones de la empresa con otras, algunas de su propiedad así como con los bancos.- Aprovechando su condición de propietario y de consejero delegado y el acceso que tenía a las diferentes cuentas de las distintas empresas que poseía y relaciones con las entidades bancarias, el acusado dispuso en beneficio propio de las citadas ayudas públicas recibidas, evitando que éstas fueran destinadas a los proyectos objeto de "Plan Avanza 2", realizando el 22 de diciembre después del primer ingreso, una transferencia por importe de 214.000 ? a su favor y librando el día 27 de diciembre de 2011 un cheque a su favor, por importe de 2.197.000 ?. Dichos pagos aparecen reflejados en el Libro Mayor de 2011 en la cuenta NUM001, que corresponde al acusado.- La Mercantil Enne Digital Entertainment Studios S.L., está declarada en concurso necesario de acreedores por auto de 1 de octubre de 2012, dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Salamanca, en procedimiento concursal 212/2012.- Dicha actuación del acusado motivó que no se pudiera llevar a cabo el objetivo para el que se concedió la subvención pública>>.



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

<< **FALLAMOS** : Que debemos condenar y condenamos a Samuel como autor responsable de un delito de malversación de caudales públicos- subvención del Plan Avanza 2 a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y multa de 2.637.417, 85 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para caso de impago de 6 meses.- Con pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de cuatro años.- El condenado indemnizará al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Secretaría de Estado de Telecomunicaciones en la cantidad de 2.637.417,85 euros por el valor de las subvenciones entregadas por dicho Organismo, más el interés legal oportuno desde la fecha del abono de las mismas.- Se le absuelve del delito de apropiación indebida.- No procede hacer condena en costas procesales>>.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de Samuel, 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.- La representación del recurrente alegó los motivos siguientes: **PRIMERO.-** Por vulneración de derechos fundamentales, al amparo de lo prevenido en el artículo 852 de la LECrim., en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 24 de la CE. **SEGUNDO.-** Por vulneración de derechos fundamentales, al amparo de lo prevenido en el artículo 852 de la LECrim., en relación con el artículo 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la CE y 120.3 del mismo texto, al negarse la posibilidad de defensa mediante la inadmisión de medios de prueba, no atender a la defensa practicada, quebrarse el principio acusatorio y no contener la sentencia una motivación pormenorizada de los hechos que sirven de sustento al fallo de la misma, por su limitación para fundamentar los hechos declarados probados y por la falta de valoración de la prueba desplegada por la defensa del Sr. Samuel. **TERCERO.-** Al amparo del artículo 849.2 LECrim., en relación con el artículo 5.4 LOPJ, por error en la apreciación de la prueba, derivada de la inobservancia de documentación obrante en las actuaciones que, por sí misma, desvirtúa la interpretación ofrecida por el Tribunal de las pruebas tomadas en consideración para la fijación de los hechos en los que se fundamenta la sentencia condenatoria; documentación que, por sí misma, evidencia el error padecido y cuya suficiencia no es susceptible de ser rebatida por otros medios de prueba. **CUARTO.-** Al amparo del apartado 1º del artículo 852 de la LECrim., en relación con el artículo 5.4 LOPJ, por infracción de precepto constitucional, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 y 120.3 CE, al no contener la sentencia una motivación suficiente para declarar la falta de credibilidad del informe pericial emitido por KPMG Asesores SL a instancia de la defensa y por la total ausencia de motivación del alcance del resto de la documentación aportada por la defensa del Sr. Samuel como prueba de descargo así como por la ausencia de motivación y correlación entre la fundamentación de la sentencia y el fallo de la misma que condena a mi representado como autor de un delito de malversación de caudales públicos cuando no es funcionario ni se condena a ninguna persona que tenga dicha condición. **CUARTO (DUPLICADO).-** Al amparo del apartado 1º del artículo 852 de la LECrim., en relación con el artículo 5.4 LOPJ, por quebrantamiento de forma, derivada de la contradicción entre la calificación jurídica de los hechos probados y del fallo de la sentencia. **QUINTO.-** Por infracción de ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECrim., en relación con el artículo 5.4 LOPJ, se invoca infracción por aplicación del artículo 432 del Código Penal. **SÉPTIMO.-** Por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del apartado 1º del artículo 849 de la LECrim., por la indebida aplicación del artículo 24 del Código Penal. **OCTAVO.-** Por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del apartado 1º del artículo 849 de la LECrim., por la indebida aplicación del artículo 308 del Código Penal así como del artículo 31 del Código Penal e igualmente por la indebida inaplicación de lo dispuesto en el artículo 31 bis del Código Penal. **NOVENO.-** Por infracción de ley, al amparo del número 1º del artículo 849 de la LECrim., en relación con el artículo 5.4 LOPJ, se invoca infracción por no aplicación del artículo 21.6 del Código Penal y del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en relación al artículo 24.2 de la Constitución. **DÉCIMO.-** Por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del apartado 1º del artículo 849 de la LECrim., por la indebida aplicación de los artículos 27, 28 y 29 del Código Penal. **ÚNDECIMO.-** Por infracción de un precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del apartado 1º del artículo 849 de la LECrim., por la indebida aplicación de los artículos 65, 66.1.6ª del Código Penal.

QUINTO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo, cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Realizado el señalamiento se celebró la deliberación y votación prevenida el día 9 de mayo de 2017.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. En el presente caso concurren tres acusaciones: la del Ministerio Fiscal, la del Abogado del Estado y la particular de la sociedad participada mayoritariamente por el acusado destinataria de las subvenciones. Todas ellas en el acto del juicio oral elevaron sus conclusiones provisionales a definitivas. La acusación oficial estimó que los hechos son constitutivos de un delito del artículo 308.2.3.4 y 6 CP, tipificado en el título correspondiente a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, y la representación del Estado y la sociedad Enne Digital Entertainment Studios S.L. calificaron los hechos como constitutivos, por una parte, de un delito continuado de fraude de subvenciones públicas y, de otra también continuado de apropiación indebida, en el primer caso del artículo 308.2 y en el segundo del 252 y 250.1.5º, también CP, en relación con los artículos 73 y 74, solicitando la primera, independientemente las penas de dos años de prisión, multa de 4.822.000 euros y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho de gozar beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por período de dos años por el primero y otros dos años de prisión y multa de seis meses a razón de 100 euros día por el segundo, respondiendo civilmente el acusado frente al Estado en la cantidad de 2.411.000 euros, mientras la acusación particular interesaba por el delito continuado de apropiación indebida la de cuatro años de prisión y por el de fraude de subvenciones idéntica pena, debiendo indemnizar a la misma en la cantidad de 2.411.000 euros.

2. La Audiencia, en la parte dispositiva de la sentencia, condena al recurrente como autor de un delito de malversación de caudales públicos-subvención del Plan Avanza 2 a la pena de un año y seis meses de prisión y multa de 2.637.417,85 euros, además de la pérdida de obtener subvenciones de ayudas públicas, e indemnizar el condenado al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, en la cantidad de 2.637.417,85 euros por el valor de las subvenciones entregadas por dicho organismo, absolviéndole expresamente del delito de apropiación indebida por el que le acusaban la Abogacía del Estado y la acusación particular por entender que concurre un concurso de leyes que debe resolverse conforme al artículo 8.1 CP, es decir, por el principio de especialidad, invocando para ello el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15/02/2002, a cuyo tenor "el fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308", citando la STS 435/2002, fundamento sexto, y la STC 13/2003.

La primera aplica el Acuerdo aprobado en el Pleno mencionado manteniendo el criterio asumido por la mayoría de las sentencias de esta Sala sobre el particular, <<en el sentido de estimar que el fraude relativo a las prestaciones por desempleo constituye un hecho típicamente previsto en el artículo 308 del Código Penal. Esta tesis encuentra su fundamento en las razones ya alegadas en la referida corriente jurisprudencial en la que, superando la distinción entre "subvenciones" y "subsidios" en atención a que el art. 81.2 a) del Texto refundido de la Ley General Presupuestaria (Ley 31/1990) extendió el concepto de ayudas o subvenciones públicas "a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público", finalidad ésta que indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos sociales negativos del paro laboral. Interpretación, por otra parte, acorde con la especificidad del Título XIV del Código Penal del que forma parte el art. 308 ("De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social"). En definitiva, estos fraudes suponen una especie de estafa privilegiada y por consiguiente debe ser el precepto antes citado el que ha de ser aplicado en estos supuestos por razón del principio de especialidad (art. 8º.1ª C. Penal). Ello quiere decir, por tanto, que cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía de los diez millones de pesetas que en dicho precepto se señalan como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas ha de ser la del Derecho administrativo sancionador>>. La sentencia del Tribunal Constitucional, desde la perspectiva de su control en materia de legalidad penal, que extiende a las relaciones concursales entre los tipos penales (fundamento cuarto), frente al planteamiento de la demandante de amparo que sostenía que la estafa no resultaba aplicable al caso concreto, "no porque no concurrieran los elementos típicos de la misma, sino como consecuencia de su relación concursal con el artículo 308 CP, que tipifica el fraude de subvenciones, que sería ley especial, tal como viene sosteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo", estima el recurso de amparo admitiendo que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la legalidad penal al ser condenada por un delito de estafa por ser la suma defraudada inferior a la fijada por el artículo 308 CP (vigente en su momento) como límite para el delito de fraude de subvenciones, siendo consecuencia de ello que desde el punto de vista de la legalidad ordinaria debe aplicarse el principio de especialidad ex artículo 8.1 CP. Esta doctrina sería en principio es aplicable a la relación concursal entre el delito citado y la apropiación indebida pues su falta de homogeneidad se predica en relación con el principio acusatorio pero no con aquélla. La reciente STS 316/2017 explica que a partir de la reforma de 2012 el artículo 308.2 CP exige que la cantidad desviada de los fines de la subvención otorgada supere el monto de 120.000 euros, por lo que los desvíos de cantidades inferiores quedan al margen del derecho penal incluso cuando se produce una alteración sustancial de los



finde de la subvención, sin perjuicio de la posible condena por estafa cuando consta la concurrencia de todos y cada uno de sus elementos, y, en todo caso, del régimen sancionador administrativo. Sucedería lo mismo en relación con la apropiación indebida cuando constase la concurrencia de los elementos típicos de la misma. Si la Audiencia no ha condenado por el segundo delito calificado por las acusaciones, no perseguido por el Ministerio Fiscal, es porque no ha apreciado ni consta en los hechos probados el sustrato fáctico subsumible en el delito de apropiación indebida.

3. Efectivamente, como reiteradamente alega el recurrente, en el hecho probado se afirma que <<el acusado dispuso en beneficio propio de las citadas ayudas públicas recibidas, evitando que éstas fueran destinadas a los proyectos objeto del "Plan Avanza 2", realizando el 22 de diciembre, después del primer ingreso, una transferencia por importe de 214.000 de euros a su favor, y librando el 27 de diciembre de 2011 un cheque a su favor, por importe de 2.197.000 euros>>. Ahora bien, ello no significa que dichas cantidades fuesen incorporadas "sin retorno" al patrimonio del acusado, lo que es compatible con su reintegro u otras aportaciones o incluso con una compensación posterior.

Lo anterior explica la estrategia de la defensa y su interés en la controvertida prueba pericial, cuya valoración por la Audiencia impugna, habida cuenta la doble calificación definitiva por parte de las acusaciones mencionadas, de forma que la incorporación o no al patrimonio del acusado del importe de las subvenciones, el préstamo anticipado por el Banco o incluso su reintegro posterior al patrimonio social y sus aportaciones al mismo, tienen relación directa con el delito de apropiación indebida pero la suerte de ello es ajena en rigor al tipo objetivo del delito de fraude de subvenciones. Por lo tanto, declarada la absolución por el delito citado más arriba, el interés del recurrente, que tampoco impugna expresamente los razonamientos que llevan a su absolución, con independencia que el recurso de casación se da esencialmente contra el fallo, ha quedado vacío de contenido por lo que hace al tipo penal por el que ha sido absuelto.

4. Se esgrimen a lo largo del recurso dos argumentos que debemos resolver también previamente. El primero se refiere a la vulneración del principio acusatorio por cuanto no se ha perseguido penalmente ex artículo 31 bis CP a la persona jurídica, hoy acusación particular, en quien concurre la cualidad de beneficiaria de las subvenciones, sosteniendo lo que podríamos denominar un impropio litisconsorcio pasivo necesario. Sin embargo ello carece de fundamento si tenemos en cuenta que la responsabilidad penal de la persona física (administrador o representante legal o persona que actúe individualmente o como integrante de un órgano de la persona jurídica) es autónoma de la del ente social; además la pretensión de haberse vulnerado el principio acusatorio por defecto tampoco es sostenible pues no existe el derecho a la condena de otro; y, por último, como señala el Ministerio Fiscal en su informe "los comportamientos de la persona física (acusado), no se realizaron en beneficio directo o indirecto de la sociedad, como exige el artículo 31 bis del CP, sino en todo caso en su perjuicio", con cita de la STS 154/2016.

El segundo argumento recurrente consiste en sostener reiteradamente que el acusado ha sido condenado por un delito de malversación de caudales públicos ex artículo 432 CP, basándose en lo que parece un equívoco de la sentencia en el uso de la terminología jurídico-penal. Pero ello no es así, la sentencia es cierto que ha usado una terminología que no es ajena a la doctrina que sostiene que el delito de fraude de subvenciones equivale en el fondo al de malversación de caudales públicos realizado por particulares. Pero ello no puede llevarnos a admitir las vulneraciones que se pretenden. No solo porque en el fallo se añade la palabra "subvención" a la calificación del delito de malversación de caudales públicos sino porque en los fundamentos de derecho específicamente se califican los hechos enjuiciados como constitutivos del delito del artículo 308.2.3.4 y 6 CP y en el desarrollo del mismo, aunque utilice la palabra malversación, se refiere indudablemente a la conducta descrita en el artículo mencionado, conforme a la calificación de las acusaciones. Por lo tanto la referencia a una conducta de malversación por parte del recurrente no puede suscitar confusión alguna.

SEGUNDO.- Ha formalizado once motivos de casación, pues aunque del quinto pasa al séptimo, el cuarto está desdoblado en dos motivos autónomos, agrupando el primero, segundo y cuarto (primero) por vulneración de diversos derechos fundamentales, reservando el tercero para la vía del artículo 849.2 LECrim., el cuarto (segundo) para el quebrantamiento de forma e invocando en los restantes diversas infracciones de ley ex artículo 849.1 LECrim.. Por ello en primer lugar agruparemos en un examen conjunto los dos primeros y el cuarto (primero), para seguir con el análisis del tercero, cuarto (segundo) y por último los de infracción de ley.

1. En el motivo primero se invoca el artículo 852 LECrim. en relación con el 5.4 LOPJ, para denunciar la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia ex artículo 24.2 CE, alegando en el extracto no haberse practicado en el acto del juicio prueba de cargo suficiente "que permita sostener que el Sr. Samuel dispusiera en beneficio propio de las cantidades en concepto de subvención a la que se hace referencia en sentencia"; además denuncia también la vulneración del principio acusatorio arguyendo no haberse tenido en cuenta la responsabilidad de la persona jurídica que recibió la subvención y la falta de mención en las calificaciones acusatorias del artículo 31 CP; igualmente cuestiona la credibilidad de los



testigos que comparecieron al acto del juicio oral advirtiendo "la existencia de circunstancias reveladoras de móviles espurios denotativos de resentimiento y enemistad"; igualmente por lo que respecta a la pericial aportada subraya que no se desprende de la misma "buscando un beneficio propio", sin que pueda llegarse a la conclusión que el Sr. Samuel y sus empresas "detrajaran fondos a Enne durante el citado período de análisis"; también aduce ya en este motivo que la prueba pericial propuesta a su instancia "no pudo practicarse abarcando un período temporal más amplioante la falta de documentación que reiteradamente ha sido privada a nuestro representado por parte de la administración concursal".

En el motivo segundo se reiteran gran parte de los argumentos precedentes, invocando la vulneración del artículo 24 CE por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva y vuelve a la inadmisión de medios de prueba, quebrantamiento del principio acusatorio y carecer la sentencia de una motivación pormenorizada de los hechos que sirven de sustento al fallo de la misma, "por su limitación para fundamentar los hechos declarados probados y por la falta de valoración de la prueba desplegada por la defensa del Sr. Samuel".

En el motivo cuarto (primero), bajo la misma invocación, insiste en la denuncia ex artículos 24.1 y 120.3 CE de la ausencia de motivación suficiente "para declarar la falta de credibilidad del informe pericial emitido a instancia de la defensa y por la total ausencia de motivación del alcance del resto de la documentación aportada".

2.1. Antes de ocuparnos de la presunción de inocencia debemos responder a dos cuestiones previas que se suscitan en el desarrollo de los motivos mencionados. La primera también tiene que ver con el principio acusatorio cuando en el motivo II bajo el título de "quiebra del principio acusatorio" aduce la vulneración del derecho a ser informado de la acusación "en cuanto nunca se le ha recibido declaración a nuestro representado o apoderado de hecho o de derecho de la sociedad ENNE ...", "de forma que no puede excederse (el juzgador) de los términos en que la acusación ha sido formulada ni puede apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse", afirmando que ha sido condenado por un delito "por el que jamás declaró como imputado y del que no se le informó cuando prestó declaración ante el Juzgado de Instrucción, ya que nunca fue informado de que se le imputase o abriese juicio por un delito de malversación de caudales públicos por el que el fallo de la sentencia combatida le condena".

En primer lugar, en relación con lo anterior, nos remitimos a lo ya dicho en el fundamento primero 4. Pero en cualquier caso sí fue informado suficientemente de los hechos objeto de imputación, con independencia de su calificación, como así se desprende de la declaración prestada ante el Juez de Instrucción nº 2 de Salamanca que obra unida a los folios 198 y siguientes del tomo primero de diligencias previas, que hemos consultado ex artículo 899 LECrim ., donde se recogen las siguientes manifestaciones, a título de ejemplo, "que conoce los hechos que se le imputan y por los que ha sido citado a declarar.- Que el declarante es el propietario del 87,95 % de las participaciones de la mercantil además de consejero delegado.- Que respecto a las dos subvenciones a que se refiere el hecho cuarto de la denuncia el declarante desconoce esas cuantías".- Siendo los miembros de la junta directiva formada por cuatro personas los que se ocupaban de todo lo relativo a las subvenciones, ignorando el destino dado a las mismas "aunque supone que se utilizarían en los proyectos para las que se concedieron por el Plan Avanza".- "Que ignora si los proyectos subvencionados por el Plan Avanza han sido terminados pero respecto al subvencionado con 2.500.000 de euros supone que no por la situación de concurso de la empresa".- O que "la gestión real de la empresa por el declarante la inició en marzo de 2012, ya que en esa fecha habían abandonado todos la empresa". Es decir, a la vista de ello, no ha ignorado los hechos objeto de la imputación y ha podido defenderse sin limitación alguna. Cuestión distinta es el contenido de la misma sobre su ignorancia de la gestión aun admitiendo su participación y condición de consejero delegado.

En segundo lugar, en estos motivos aduce reiteradamente la indebida denegación de prueba documental por la Audiencia al inicio del juicio oral, necesaria para completar la prueba pericial presentada a su instancia, de forma que tuvo que contraerse por ello a un período temporal reducido. En realidad lo que denuncia es un quebrantamiento de forma por denegación de diligencia de prueba ex artículo 850.1 LECrim .. Sin embargo la aportación de los documentos interesados habría carecido en todo caso de aptitud para modificar el sentido del fallo, lo que constituye uno de los elementos esenciales para la prosperabilidad del motivo por lo que diremos más adelante y también hemos apuntado en el fundamento de derecho primero. Por otra parte, tiene razón el Ministerio Fiscal cuando se opone a esta impugnación argumentando <<es cierto que al comienzo del juicio, el letrado de la defensa solicitó que por la Sala se solicitase una abundante prueba documental, lo que acertadamente le fue denegado por el Tribunal de instancia, debido a que la aportación documental debe hacerse en el momento del juicio. La instrucción suplementaria que solicita no es procedente por extemporánea, declaró el Presidente de la Sala de instancia. En efecto, se le dice que esa prueba documental pudo haberla solicitado hace meses al Juez instructor e incluso a la propia Sala antes del momento del juicio.



En efecto, esto es acorde a lo recogido en el artículo 785-1 de la LECrim ., donde se afirma que hasta el juicio oral podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el M. Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan. También el artículo 788 de la LECrim . insiste en la misma idea.- Ninguna indefensión se ha producido con ello al acusado, pues ha podido solicitar esa prueba y todas las que estimase convenientes, al Juez instructor y a la misma Sala antes del juicio y no lo ha hecho>>. En caso contrario quedaría diluido el principio de preclusión de la prueba desplazándose la situación de indefensión a las demás partes.

2.2. Entrando en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por no haberse practicado en el acto del juicio prueba de cargo suficiente, -lo que tiene que ver con la aptitud incriminatoria de la misma y no con su ausencia, por lo que el control sobre ello incide esencialmente en la lógica del razonamiento judicial-, debemos partir del tipo objetivo del delito calificado cuyos elementos está obligada a probar la acusación. El artículo 308.2 CP se refiere al mismo cuando en "el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas se apliquen en una cantidad superior a 120.000 euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 5 de este artículo". Naturalmente esto último exige que el reintegro o devolución de las subvenciones se retorne al Órgano administrativo que la concedió, "antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la administración autonómica o local, de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias". 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.

Pues bien, la prueba de cargo manejada por la Audiencia, de la que se ocupa en los fundamentos sexto, octavo y noveno fundamentalmente, no es objetable teniendo en cuenta lo que acabamos de señalar. En primer lugar porque acude a pruebas documentales que califica como irrefutables, publicadas en el Boletín Oficial del Estado de 27/12/2011, como es la Resolución de 14/12/2011 de la Secretaría de Estado de Telecomunicación y para la Sociedad de la Información y concretamente los expedientes mencionados que otorgan a favor de la sociedad ENNE "y para título de proyecto COH30D: Cuestión de contenido Multiplataforma para juegos educativos 3D", una subvención de 222.786,44 euros, y el segundo expediente a favor también de la misma sociedad "para título de proyecto COM3D: Gestión de contenido Multiplataforma para juegos educativos adaptados 3D", una subvención de 2.414.631,41 euros; también se refiere al BOE de 24/02/2011, subrayando en relación al pago de las subvenciones y los préstamos "que serán siempre abonados con anterioridad a la realización del proyecto o acción y tras dictarse resolución de concesión, a pesar de que su realización puede llevarse a cabo en varias anualidades"; a continuación la Audiencia atiende a la prueba testifical desarrollada en el acto del juicio oral de los testigos mencionados en el fundamento octavo, cuya credibilidad se cuestiona en el recurso sin aducir hechos objetivos que puedan oponerse válidamente a la valoración de los testimonios realizada por el Tribunal que percibió inmediata y directamente su contenido: así, la directora comercial de la sociedad manifestó que tenía poderes de disposición hasta 100.000 euros "pero quien controlaba todas las entradas y salidas de dinero de las cuentas sociales era el Sr. Samuel (lo que contradice lo declarado por éste ante el Juez de Instrucción), que hacía continuos traspasos a empresas propias, y de éstas a ENNE digital", añadiendo "sin que existieran tales relaciones de fondo que justificaran tal traspaso", afirma que "se extrajo el dinero de la subvención el mismo día de su ingreso; y que el proyecto no se realizó quedando la empresa descapitalizada", o el testigo Maximiliano , encargado de la ejecución de los proyectos educativos, que declaró haberse dedicado (a los proyectos) "una parte muy pequeña, siendo los proyectos plurianuales, afirmó también que los proyectos se realizaban a partir de la percepción de la subvención y para obtenerse se realizaba una memoria", o lo declarado por el propio administrador concursal a propósito del traspaso continuo de cantidades por parte del Sr. Samuel , que "realizaba todos los traspasos entre las dos entidades mercantiles (Enne y Jumahersa), sin razón o base comercial alguna, generando un fraude continuado a las expectativas de los acreedores de ambas".

También responde a los argumentos de la defensa en relación con la aplicación al caso del artículo 31 CP , mientras que correctamente argumenta a propósito del delito de apropiación indebida, por el que ha sido absuelto, sobre la valoración de la prueba pericial aportada por la propia defensa, cuestión que ya hemos tratado en el fundamento de derecho primero. Para llegar a la conclusión que en cualquier caso el resultado de la misma no puede oponerse a la certeza de los hechos que constituyen el tipo objetivo del delito calificado



como fraude de subvenciones o malversación de dinero público por particulares. En todo caso el régimen jurídico de las subvenciones o ayudas y el cumplimiento de sus fines, pues se trata de concesiones finalistas, está regulado en la Ley 38/2003, General de Subvenciones (artículo 30), y el Real Decreto 887/2006 por el que se aprueba su Reglamento (artículo 72). Además en el caso concreto hay que tener en cuenta la Orden ITC/362/2011, de 21 de febrero, por la que se regulan las bases, el régimen de ayudas y la gestión del Plan Avanza2, en el marco de la acción estratégica de telecomunicaciones y sociedad de la información, dentro del Plan nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica, 2008-2011. Disposiciones que naturalmente prevén la justificación del cumplimiento de los fines de las subvenciones o ayudas concedidas, lo que en el presente caso no se ha justificado. Por último, teniendo en cuenta que la subvención persigue obtener un resultado beneficioso para el interés público, que justifica la actividad de fomento de la Administración, la inversión de "una parte muy pequeña" de la misma equivale a su incumplimiento porque se vulnera igualmente el bien jurídico protegido por el tipo penal aplicado y no cumple la finalidad pública prevista.

Por lo tanto no cabe confundir la defensa jurídica frente al delito calificado con la que se endereza a oponerse al delito de apropiación indebida por el que ha sido absuelto, constituyendo su núcleo esencial la prueba pericial aportada cuyo resultado no puede invalidar por lo señalado los elementos de cargo fijados y razonados por la Audiencia en relación con el primero.

Por todo ello los motivos referidos en el encabezamiento de este fundamento deben ser desestimados.

TERCERO.-1. El motivo formalizado en tercer lugar invoca el artículo 849.2 LECrim . por error en la apreciación de la prueba derivada de la inobservancia de documentación obrante en las actuaciones que "por si misma desvirtúa la interpretación ofrecida por el Tribunal de las pruebas tomadas en consideración para la fijación de los hechos en los que se fundamenta la sentencia condenatoria".

Tras exponer la jurisprudencia de esta Sala sobre el motivo casacional invocado y recoger la prueba documental y testifical manejada por la Audiencia, bajo el apartado de prueba inculpativa, pasa a designar la documentación literosuficiente que por si misma evidenciaría el error padecido por el Tribunal de instancia, concretamente: el informe pericial documentado aportado por la defensa; las cuentas anuales de ENNE DIGITAL con fecha final de 31/12/2010; los extractos bancarios de cuentas y titularidad de aquella correspondientes al período 01/12/2011 a 31/01/2012; el libro mayor de ENNE DIGITAL; y el contrato de préstamo de anticipo de subvenciones entre la sociedad mencionada y el Banco de Santander por importe de 2.800.000 euros, fechado el 30/09/2011. Sostiene el recurrente que en base a los documentos mencionados no es sostenible la afirmación del Tribunal "de que el Sr. Samuel detrajo el importe de las subvenciones, pues en el intervalo de tiempo transcurrido entre el 01/12/2011 y 31/01/2012, las cantidades ingresadas", bien por el acusado o por las empresas controladas por él, "a ENNE DIGITAL fueron superiores a las detraídas y nunca incorporadas a su patrimonio (o al de estas empresas), resultando un saldo positivo".

Como consecuencia de ello frente a las afirmaciones del "factum" "dicha actuación del acusado motivó que no se pudiera llevar a cabo el objetivo para el que se concedió la subvención pública" y "el acusado dispuso en beneficio propio de las citadas ayudas públicas recibidas", debe ser modificado el hecho probado afirmando que "dicha actuación minoró, provisionalmente, el activo de ENNE DIGITAL, en las cantidades de 214.000 más 2.197.000 euros, siendo reingresadas sobradamente antes del 31/01/2012, por lo que no se generó una situación de falta de liquidez que impidiera destinar el importe de las subvenciones públicas recibidas a los Proyectos del <<Plan Avanza 2>> al que iban asociadas habiéndose incluso anticipado fondos con destino a este proyectos por lo que el Sr. Samuel no obtuvo beneficio propio derivado de esta actuación".

2. La desestimación de este motivo ya ha sido anticipada en pasajes precedentes. Debemos añadir con carácter general que la literosuficiencia de un documento, que tiene por objeto añadir, modificar o suprimir, alterando, el hecho probado, debe deducirse directamente del mismo y en todo caso fijar con precisión los particulares que demuestran la evidencia del error. La prueba pericial documentada no deja de ser en rigor una prueba personal y sus conclusiones solo pueden ser literosuficientes en aquellos casos en que la jurisprudencia así lo ha reconocido cuando la prueba pericial no contradicha por otros dictámenes haya sido ignorada por el Tribunal o incluso se haya apartado de la misma arbitrariamente y siempre que no existan otros medios de prueba que la contradigan. Este no es el caso presente pues la Audiencia en el fundamento jurídico décimo, precisamente a propósito del delito de apropiación indebida, se ha ocupado de esta cuestión, aunque brevemente, cuando considera las alegaciones del Abogado del Estado y ha tenido en cuenta la prueba testifical en relación con el hecho típico del delito por el que ha sido condenado: no haber aplicado las cantidades subvencionadas a los fines fijados en las resoluciones administrativas mencionadas más arriba. Ello quiere decir que aún admitiendo, reiteramos, que el acusado no haya ingresado en su patrimonio las cantidades transferidas por la Administración o haya aportado otras cantidades a la sociedad o reintegrado las mismas, ello no modificaría el sentido del fallo por cuanto con mayor razón no se advierte por qué aquellas no se destinaron a los fines convenidos siendo indiferente el distinto destino que se las diese. No estamos



revisando la condena por un delito de apropiación indebida sino por el de fraude de subvenciones del apartado 2 del artículo 308 CP .

Por lo tanto el motivo se desestima.

CUARTO.-1. El siguiente motivo es el que hemos denominado cuarto (segundo). Se enuncia por quebrantamiento de forma, con invocación de los artículos 852 LECrim . y 5.4 LOPJ , derivado "de la contradicción entre la calificación jurídica de los hechos probados y el fallo de la sentencia".

Aduce que en aquéllos "el importe defraudado se fija en una cantidad distinta de la que figura en el fundamento jurídico duodécimo, sobre responsabilidad civil, y en el fallo de la sentencia", añadiendo que "en este fundamento, a pesar de reconocerse que el acusado invirtió una cantidad (indeterminada) en el negocio (propio de la actividad subvencionada) e incluso en el proyecto concreto subvencionado no se ha descontado la misma para la obtención de la responsabilidad civil, que se mantiene en el importe de las ayudas recibidas".

2. La cuestión planteada es más propia de la infracción de ley que del quebrantamiento de forma, pero en cualquier caso una cosa es el importe extraído por el acusado de la cuenta de la sociedad, 214.000 euros mediante transferencia y 2.197.000 euros por un cheque a su favor, y otra distinta la responsabilidad civil que debe satisfacer a la Administración que consistirá en el importe total de lo transferido por la misma como consecuencia de la concesión de las subvenciones o ayudas. Por lo tanto la diferencia que discute entre los 2.411.000 extraídos y los 2.637.417,85 euros, coincidentes con el valor de las subvenciones entregadas, no constituye ninguna contradicción puesto que incumplidas las finalidades de las actividades subvencionadas el perjuicio de la Administración comprenderá la totalidad de lo satisfecho por este concepto, como ya hemos señalado en el apartado 2.2 "in fine" del fundamento segundo.

El resto del motivo tiene que ver con la pretendida calificación de los hechos como delito de malversación de caudales públicos que ya hemos desestimado.

Por lo tanto este motivo tampoco puede acogerse.

QUINTO.- El motivo siguiente, quinto, se plantea como alternativa al anterior bajo el amparo del artículo 849.1 LECrim . por aplicación indebida del artículo 432 CP , motivo que debe correr la misma suerte que el anterior puesto que la calificación de los hechos se ajusta al tipo de fraude de subvenciones del artículo 308.2 CP y no a la malversación de caudales públicos.

El motivo séptimo debe tener la misma respuesta puesto que lo que se denuncia es la indebida aplicación del artículo 24 CP , volviendo a sostener que el recurrente no puede ser considerado como autor de un delito especial propio de malversación de caudales públicos ni de fraude de subvenciones que solo puede ser cometido por quien es funcionario al momento de la comisión de los hechos "o por quien habiendo recibido la subvención tiene la obligación de devolverla o justificar su uso". De esta última cuestión nos ocuparemos a continuación y la primera ya ha sido respondida reiteradamente.

SEXTO.-1. El motivo octavo por la vía del artículo 849.1 LECrim . denuncia la indebida aplicación del artículo 308 , 31 e inaplicación del 31 bis, todos ellos CP . Sostiene el motivo que el acusado ha sido condenado como autor del delito del artículo 308.2 en base al artículo 31 CP "sin que se haya condenado a la persona jurídica", de forma que si el delito mencionado tiene naturaleza de especial propio y solo puede ser cometido por el que recibe la subvención, que tiene la obligación de devolverla o justificarla, ésta es la única obligada. Objeta también la infracción del primero de los artículos en la medida que no ha quedado acreditada la conducta típica realizada por el acusado porque para ello sería necesario conocer el proyecto para el cual se aprobó dicha subvención sin que ello conste en la causa. También afirma el desconocimiento de la subvención por parte del Tribunal siendo la primera a fondo perdido y la segunda un préstamo con un plazo de devolución de quince años y la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones no ha declarado quebranto alguno del fin por el que se dio la subvención, por lo que se ha aplicado indebidamente el artículo 308 CP . Igualmente objeta la fijación de la responsabilidad civil declarada.

2.1. En cuanto a las cuestiones de hecho planteadas en el "factum" declara la Audiencia que <<La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el marco de las ayudas públicas concedidas como "Plan Avanza 2" dictó una resolución de fecha 14 de diciembre de 2011 por la que concedía a la Mercantil de Enne Digital Entertainment Studios S.L., dos subvenciones por importe respectivamente de 222.786,44 ? y de 2.414.631,41 ?, cantidades que se ingresaron el 22 de diciembre de 2011 y el 27 de diciembre de 2011 en la cuenta corriente del Banco Santander, a nombre de la citada empresa>>.- Más adelante afirma que <<Aprovechando su condición de propietario y de consejero delegado y el acceso que tenía a las diferentes cuentas de las distintas empresas que poseía y relaciones con las Entidades bancarias, el acusado dispuso en beneficio propio de las citadas ayudas públicas



recibidas, evitando que éstas fueran destinadas a los proyectos objeto de "Plan Avanza 2", realizando el 22 de diciembre después del primer ingreso, una transferencia por importe de 214.000? a su favor y librando el día 27 de diciembre de 2011 un cheque a su favor, por importe de 2.197.000 ?. Dichos pagos aparecen reflejados en el Libro Mayor de 2011 en la cuenta NUM001 , que corresponde al acusado>>. Ello tiene su complemento en el fundamento sexto donde se citan las pruebas documentales a las que ya nos hemos referido en el segundo, apartado 2.2. en el que además de remitirse al Boletín Oficial del Estado menciona concretamente los expedientes que otorgan a favor de ENNE las subvenciones donde se especifica la finalidad de cada una de ellas. Por lo tanto no tiene razón el recurrente cuando sostiene que el hecho típico es ajeno a la sentencia. Igualmente en el párrafo 4 del "factum" se sienta el sustrato fáctico que determina la desviación a fines distintos de los propios de la subvención o ayuda concedida por parte del acusado. Por lo demás el ejercicio de la acción penal por la Abogacía del Estado se explica por el perjuicio causado a la Administración por incumplimiento de los fines para los que las ayudas fueron concedidas, sin que a ello obste que la subvención sea directa o mediante un préstamo a retornar al cabo de quince años, pues dicho plazo no significa que el proyecto pueda demorarse hasta tal extremo.

La razón de ser del delito calificado responde al incumplimiento de las condiciones vinculadas a los fines perseguidos por la actividad de fomento de las Administraciones cuando desarrollan su función prestacional consistente en la técnica administrativa de las ayudas o subvenciones dirigidas a actividades que evidentemente tienen un fin de interés público, sin que pueda ser asumible que el dinero público puesto a disposición de los particulares para realizar un proyecto de interés general pueda ser desviado a otros fines cualesquiera que sea ajenos a aquél.

Por lo que hace a la objeción de la responsabilidad civil nos remitimos a lo dicho más arriba en el fundamento cuarto, apartado 2.

2.2. Efectivamente, la autoría del acusado, -que según el hecho probado era propietario y consejero delegado de la sociedad subvencionada y dispuso de las ayudas públicas recibidas, con independencia del retorno a la sociedad de las cantidades dispuestas, lo que es indiferente para la consumación del delito que tiene lugar cuando se aplican a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida-, corresponde a la extensiva prevista en el artículo 31 CP .

Este artículo tiene su antecedente en el 15 bis derogado que fue introducido por la reforma de 25/06/1983, precisamente con el fin de evitar las lagunas punitivas que se daban en los delitos especiales propios relacionados con las personas jurídicas, cuando se requiere para poder imputar la autoría que concurren ciertas cualidades o condiciones personales en el sujeto activo que en algunos supuestos delictivos, como es el caso, solo se daban en la persona jurídica, pero no en la persona física que actuaba como su representante o administrador (como también es el caso). Para cumplimentar el principio de legalidad y solventar los problemas que suscitaba alguna jurisprudencia que cubría las lagunas legales con criterios de analogía "contra reo", se dio vida al artículo 15 bis, integrado en sus aspectos sustanciales en el actual artículo 31 CP . Sin embargo, ello no significa que para ser considerado autor del delito correspondiente baste con ocupar el cargo de administrador o representante de la sociedad vinculada al hecho delictivo, sino que además es preciso que el imputado incurra en una acción u omisión, siempre que en este último caso ocupe la posición de garante y se den los restantes requisitos del artículo 11 CP que aparezca recogida en el tipo delictivo que se le atribuye. Esta doctrina ha sido corroborada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional (STC 253/1993).

Las condiciones para la aplicación del tipo de autoría por extensión de la del artículo 28 prevista en el que comentamos concurren en el caso enjuiciado. Ya hemos señalado que el acusado es propietario de la sociedad subvencionada y además consejero delegado, de la prueba practicada se deduce además que como tal disponía de los fondos de la sociedad; concretamente de las cantidades transferidas por la Administración, lo que significa que conocía su procedencia y finalidad, que no obstante ello no fueron aplicadas a los fines previstos en la resolución administrativa correspondiente y que la sociedad fue declarada en concurso necesario de acreedores por auto de 01/10/2012 como también se refleja en el hecho probado. Estos hechos son suficientes para subsumir la conducta del ahora recurrente en el tipo de autoría aplicado incluso aunque admitiésemos la comisión por omisión puesto que como propietario y consejero delegado era garante del buen fin del proyecto subvencionado. Es más si fuese cierto que las cantidades subvencionadas hubiesen retornado a la sociedad es inexplicable que no hubiesen sido invertidas en la consecución de los proyectos adjudicados

En cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica nos remitimos a lo ya señalado anteriormente cuando hemos desestimado la vulneración del principio acusatorio.

Por lo tanto el motivo debe ser desestimado.



SÉPTIMO.-1. El siguiente motivo, noveno en el orden del recurso, también ex artículo 849.1 LECrim . denuncia la falta de aplicación del artículo 21.6 CP , invocando igualmente el artículo 24.2 CE que consagra el derecho un proceso sin dilaciones indebidas.

Tras exponer la doctrina y jurisprudencia relativa a la materia, con mención del artículo 324 LECrim . en su redacción dada por la L.O. 41/2015, refiere la paralización a tres lapsos de tiempo, de ocho, cinco y ocho meses, transcurridos, respectivamente, por causa de la nulidad de declaraciones testificales que tuvieron que reproducirse previa estimación del recurso de apelación correspondiente por la Audiencia, pues el instructor prescindió en las primeras de la citación de la parte denunciada, la remisión de las actuaciones por el instructor al Juzgado de lo Penal que acordó su devolución al primero y su envío posterior a la Audiencia Provincial, y, ya en ésta, el cambio de la designación del Magistrado Ponente, lo que dilató el dictado pertinente del auto de admisión de pruebas y señalamiento.

2.1. En la reciente STS 400/2017, fundamento cuarto, 2.4 .2., siguiendo la STS 165/2016 , fundamento sexto, como expresión de la doctrina vigente en la materia decíamos <<la dilación indebida es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta *prestacional* -derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable-, y *reaccional* - traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas-. En cuanto al carácter razonable de la dilación de un proceso, ha de atenderse a las circunstancias del caso concreto con arreglo a los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, los márgenes de duración normal de procesos similares, el interés que en el proceso arriesgue el demandante y las consecuencias que de la demora se siguen a los litigantes, el comportamiento de éstos y el del órgano judicial actuante. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto, atendiendo para ello al interés social derivado de la gravedad del delito cometido, al mismo tiempo que han de ponderarse los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España ; 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España ; SSTC 237/2001 , 177/2004 , 153/2005 y 38/2008 ; y SSTS 1733/2003, de 27-12 ; 858/2004, de 1-7 ; 1293/2005, de 9-11 ; 535/2006, de 3-5 ; 705/2006, de 28-6 ; 892/2008, de 26-12 ; 40/2009, de 28-1 ; 202/2009, de 3-3 ; 271/2010, de 30-3 ; 470/2010, de 20-5 ; y 484/2012, de 12-6 , entre otras).- También tiene establecido esta Sala que son dos los aspectos que han de tenerse en consideración a la hora de interpretar esta atenuante. Por un lado, la existencia de un "plazo razonable", a que se refiere el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona el «derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable», y por otro lado, la existencia de dilaciones indebidas, que es el concepto que ofrece nuestra Constitución en su art. 24.2 . En realidad, son conceptos confluyentes en la idea de un enjuiciamiento sin demora, pero difieren en sus parámetros interpretativos. Las dilaciones indebidas son una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales. Por el contrario, el "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15-2 ; 269/2010, de 30-3 ; 338/2010, de 16-4 ; 877/2011, de 21-7 ; y 207/2012, de 12-3).- La doctrina jurisprudencial sostiene que el fundamento de la atenuación consiste en que la pérdida de derechos, es decir, el menoscabo del derecho fundamental a ser enjuiciado en un plazo razonable o sin dilaciones indebidas, equivale a una pena natural, que debe compensarse en la pena que vaya a ser judicialmente impuesta por el delito para mantener la proporcionalidad entre la gravedad de la pena (la pérdida de bienes o derechos derivada del proceso penal) y el mal causado por la conducta delictiva (SSTC 177/2004 y 153/2005). Por lo tanto, esa pérdida de derechos debe determinar la reducción proporcional de la gravedad de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad, porque ya ha operado como un equivalente funcional de la pena respecto a la que corresponde por el grado de culpabilidad. Ahora bien, que ello sea así no significa, sin embargo, como precisa la doctrina, que el transcurso del tiempo conlleve una extinción, ni siquiera en parte, de la culpabilidad, pues ésta es un elemento del delito que como tal concurre en el momento de su comisión y el paso del tiempo no determina, por lo tanto, que disminuya o se extinga (SSTS 987/2011, de 15-10 ; 330/2012, de 14-5 ; y 484/2012, de 12-6).- Y en cuanto a las causas del retraso a ponderar para la aplicación de la atenuante, la jurisprudencia ha señalado que "ni las deficiencias organizativas ni el exceso de trabajo pueden justificar, frente al perjudicado, una dilación indebida" (SSTS 1086/2007 ; 912/2010 ; y 1264/2011 , entre otras; STEDH 20-3-2012, caso Serrano Contreras c. España).- Por último, y en lo que concierne al cómputo del plazo razonable, comienza a correr cuando una persona es imputada formalmente y finaliza con la sentencia que



pone fin a la causa (SSTEDH de 17 de diciembre de 2004, caso Pedersen y Baadsagaard c. Dinamarca ; 13 de noviembre de 2008, caso Ommer c. Alemania ; y 11 de febrero de 2010, caso Malet c. Francia ; y SSTs 106/2009, de 4-2 ; 326/2012, de 26-4; 440/2012, de 25-5; y 70/2013, de 21-1).- Actualmente, la reforma del C . Penal mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que entró en vigor el 23 de diciembre siguiente, regula como nueva atenuante en el art. 21.6^a las dilaciones indebidas en los siguientes términos: " *La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa* ".- Por consiguiente, el nuevo texto legal, según ha advertido la doctrina, coincide sustancialmente con las pautas que venía aplicando la jurisprudencia de esta Sala para operar con la atenuante analógica de dilaciones indebidas. Los requisitos para su aplicación serán, pues, los tres siguientes: 1) que la dilación sea indebida; 2) que sea extraordinaria; y 3) que no sea atribuible al propio inculpado. Pues aunque también se requiere que la dilación no guarde proporción con la complejidad de la causa, este requisito se halla comprendido realmente en el de que sea indebida, toda vez que si la complejidad de la causa justifica el tiempo invertido en su tramitación la dilación dejaría de ser indebida en el caso concreto, que es lo verdaderamente relevante>>.

Concretamente, por lo que hace a la complejidad del asunto dijimos en la STS 508/2015, fundamento 74.2.3 .4, <<es complejo lo que se compone de elementos diversos y por ello la complejidad aplicada en este campo no puede ser un concepto determinado o acabado. Los elementos que integran este concepto pueden ser previsibles desde el inicio de la causa o pueden ir agregándose al objeto de la misma. La complejidad de los hechos, partícipes, defensas o acusaciones, por ejemplo, son ponderables generalmente y habrá que tener en cuenta la razonabilidad de la conexidad o de las acumulaciones sucesivas cuando se trata de hechos investigados en principio con independencia. Existen otras circunstancias procesales que no pueden preverse como son los recursos o incidentes que pueden ir surgiendo a lo largo del procedimiento. La complejidad jurídica, por último, tiene una perspectiva distinta pero interrelacionada con la fáctica y por ello para seguir la unidad del procedimiento deben ser consideradas conjuntamente>>. Añadiendo en el párrafo siguiente <<es cierto que el mantenimiento de la unidad (de la causa) genera la suerte procesal común de todos los acusados cualquiera que sea la relevancia o intensidad de su participación en los hechos. Lo que sucede es que si admitimos que la unidad es razonable o ajustada a la legalidad la lógica complejidad procesal y decisoria del proceso se superpone al derecho de cada uno de los acusados a que su caso sea visto en un tiempo razonable, de forma que ello no deja de ser una carga procesal inescindible del enjuiciamiento global necesario>>.

En la misma sentencia 400/2017 , fundamento decimonoveno 2, decíamos a propósito del nuevo artículo 324 LECrim . que puede servir como pauta interpretativa a la hora de determinar cuándo una dilación del procedimiento es extraordinaria, pero ello es siempre relativo teniendo en cuenta los distintos factores que convergen lo que exige un cuidadoso análisis de los distintos casos. Además la dilación debe ser indebida, con independencia del tiempo transcurrido entre uno y otro trámite y las circunstancias de cada uno de aquéllos. Por ello la mera relación de los periodos de paralización no es suficiente si no se explica el porqué de cada uno.

2.2. En el caso, de los tres períodos acotados, los dos primeros no pueden ser considerados como indebidos puesto que el ejercicio del sistema de recursos previsto por la ley procesal forma parte del derecho a un proceso justo y de la misma forma que no cabe calificar de indebidos los recursos de la defensa que no han obtenido respuesta favorable tampoco los que tienen su origen en una resolución judicial revocada por el órgano superior. Igual sucede en punto a la cuestión de competencia habiéndose asignado en primer lugar al juzgado de lo penal para reconducirse posteriormente al órgano colegiado, lo que forma parte del procedimiento debido. El tercer lapso de paralización denunciado se presenta en principio como un problema de organización interna del Tribunal pues, examinado ex artículo 899 LECrim . el rollo de Sala, desde la providencia de 01/10/2015 a la de 23/11 del mismo año se suceden la designación de cuatro ponentes de la causa hasta llegar a la magistrada titular que lo ha sido definitivamente, sin perjuicio de que la magistrada en comisión de servicio designada con anterioridad interviniese como ponente en el auto de 06/11 que despachó la pertinencia de las pruebas y acordó pasar la causa al programa de señalamientos. No obstante no sería objetable en principio que la demora haya sido debida a la espera de la toma de posesión de la magistrada titular. En cualquier caso, los períodos de paralización sumados podrían dar lugar a la estimación de la circunstancia pretendida pero solo en el caso de que fuesen considerados todos ellos indebidos. Los ocho meses transcurridos en el tercer período por sí solos no alcanzan una demora extraordinaria. Por último, tampoco tendría efecto la estimación de la circunstancia habida cuenta que la pena impuesta al acusado lo ha sido en el tramo inferior y muy próxima al límite legal mínimo. Por otra parte, aunque ajeno a lo anterior, el recurrente ha sido absuelto de la totalidad de las costas procesales de la primera instancia, como se anticipa en el fundamento decimoquinto de la sentencia, cuando ha sido condenado por uno de los delitos objeto de acusación.

El motivo por lo tanto se desestima.



OCTAVO.- Los motivos décimo y undécimo también se amparan en el artículo 849.1 LECrim ., respectivamente, por indebida aplicación de los artículos 27 , 28 y 29 y 65 , 66.1.6º CP . Lo que sucede es que se relaciona la infracción con el delito de malversación de caudales públicos ex artículos 432 CP , en el primer caso en razón de la autoría y en el segundo por la penalidad (artículo 65.3 CP). Ahora bien, no habiéndose calificado los hechos por tal delito, ambos motivos quedan vacíos de contenido, por lo que tampoco pueden tener acogida.

NOVENO.- Ex artículo 901 LECrim . las costas del recurso deben ser impuestas al recurrente.

FALLO

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

Que debemos declarar **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por Samuel frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, en fecha 21/06/2016 , en la causa correspondiente al procedimiento abreviado 27/2014, seguida por delitos de fraude de subvenciones y apropiación indebida, con imposición al recurrente de las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CEMENTO