

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal
SENTENCIA

Sentencia N°: 523/2006

*RECURSO CASACION N°:*411/2005

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Procedencia: Audiencia Provincial de Las Palmas. Sección 1

Fecha Sentencia: 19/05/2006

Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Bacigalupo Zapater

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Antonio Auseré Pérez

Escrito por: IVL

- * **Objeto del proceso y principio acusatorio.**
- * **Prescripción:** en el delito de fraudes a la Seguridad Social (art. 307 CP), el procedimiento se dirige contra el culpable cuando el hecho que formalmente se le imputa es objeto de investigación, aunque no esté jurídicamente calificado según un tipo penal.
- * **Fraudes a la Seguridad Social (art. 307 CP):** objeto del delito y elementos que determinan la condición de punibilidad.
- * **Fraude de subvenciones (art 308 CP):** alternativas típicas del delito.
- * **Fraude de subvenciones (art. 308 CP):** formas de la conducta típica.
- * **Fraude de subvenciones (art. 308 CP):** dolo; diferencias según la alternativa típica de la conducta.

RECURSO DE CASACIÓN N°: 411/2005

Ponente Excmo. Sr. D.: Enrique Bacigalupo Zapater

Vista: 20/12/2004

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Antonio Auseré Pérez

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA N°: 523/2006

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz
D. Enrique Bacigalupo Zapater
D. José Manuel Maza Martín
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Diego Ramos Gancedo

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituída por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Mayo de dos mil seis. En el recurso de casación por **infracción de Ley** que ante Nos pende interpuesto por **INMACULADA RODRÍGUEZ BETHENCOURT, ESTHER MEDINA**

RODRÍGUEZ y RAQUEL MEDINA RODRÍGUEZ, como Acusación Particular, y por el procesado **DIMAS MARTÍN MARTÍN**, todos ellos contra sentencia de la **Audiencia Provincial de Las Palmas**, que condenó al procesado por un delito continuado de **malversación de caudales públicos** y por delitos **contra la hacienda pública y contra la seguridad social**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la **vista y fallo** bajo la Presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. D. Enrique Bacigalupo Zapater, quien expresa el parecer de la Sala. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal y los recurrentes han estado representados por los Procuradores Sres. Vila Rodríguez y Martín Cantón, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 4 de Arrecife incoó procedimiento abreviado número 50/02 contra DIMAS MARTÍN MARTÍN y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Las Palmas que con fecha **23 de diciembre de 2004** dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- Probado y así se declara, que el acusado Dimas Martín Martín fue Alcalde del Ayuntamiento de Teguiise desde el 23 de mayo de 1983 hasta el 16 de junio de 1991, pasando a ocupar el cargo de Concejal y Primer Teniente de Alcalde de la citada Corporación Municipal hasta su cese por Decreto de fecha diecisiete de junio de 1993.

Los acusados Higinio Hernández Rodríguez e Ismael Brito Morales fueron Concejales del Ayuntamiento de Teguiise, desempeñando dicho cargo desde el 30 de junio de 1987 hasta el 15 de junio de 1991 el primero, y desde el 30 de junio de 1987 hasta el 17 de julio de 1995 el segundo.

Durante los años 1988 y 1989 el acusado Dimas Martín Martín, mayor de edad se venía dedicando a título personal a la compra y

comercialización de los productos agrícolas de Lanzarote, entre otros cebollas, cochinillas... etc.

Para el ejercicio de dicha actividad privada procedió junto con los Higinio Rodríguez Hernández e Ismael Brito Morales a la apertura en el Banco Hispano Americano, sucursal sita en Arrecife, con la que trabaja, de la cuenta corriente número 049/0255/70-10170463, con el objeto de efectuar a través de ella los pagos a los agricultores, cuenta corriente que abre a nombre de los acusados Higinio Hernández Rodríguez y Ismael Brito morales, con el subtítulo "Comisión de Agricultores Exportadores de Cebollas", dichos acusados le auxiliaban en dicha actividad firmando los cheques emitidos por la compra de productos agrícolas, los cuales se cargaban a la citada cuenta; asimismo en épocas de campaña agrícola el personal del Ayuntamiento de Teguiise cooperaba en la confección y emisión de cheques para abonar los productos, que adquiriría el acusado Sr. Martín a título personal, a los agricultores de la Isla.

Los últimos movimientos de la citada cuenta corriente son del año 1990. Así en el mes de junio del año 1989 el acusado Dimas Martín Martín, quien en esa fecha ejercía además el cargo de Consejero de Agricultura del Cabildo de Lanzarote, compró a los agricultores de Lanzarote la producción de cochinilla, y para las labores de pesaje de la misma le encomendó a Adolfo García Medina, personal laboral de la granja experimental del Cabildo de Lanzarote, que se desplazara a las Cooperativas de Mala y Guatiza extendiendo a cada agricultor los vales correspondientes por la compra de cochinilla, la cual se almacenó en las dependencias de la Granja Experimental.

El pago de la cochinilla a los agricultores se efectuó por cheques del Banco Hispano Americano firmados por los acusados Higinio e Ismael con cargo a la cuenta de la citada entidad número 049/0255/70/10170463, y se abonó con el dinero que el acusado Dimas Martín Martín transfirió desde su cuenta número 0049/0255/77/10182801 del Banco Hispano Americano, cuya titularidad compartía con D. Honorio García Bravo, los días 19, 21 y 28 de junio de

1989 por importes de 138.000.000 pesetas, 60.000.000 pesetas y 56.000.000 pesetas respectivamente.

No se ha acreditado que los 33.085 kilos de cochinilla que adquirió el acusado Dimas Martín fuesen vendidos posteriormente a EMANTSA.

SEGUNDO.- *Por el Ayuntamiento de Tegui se en Acuerdos Plenarios de 3 de agosto y 28 de septiembre de 1990 se acordó la constitución de la Empresa Municipal Agrícola y Marina de Tegui S.A. (EMANTSA, también llamado Complejo Agroindustrial), constituyéndose mediante escritura pública de 8 de noviembre de 1990 ante el notario D. Ernesto Martínez Lozano, e inscrita en el Registro Mercantil el 21 de noviembre de 1990.*

El capital social era de veinte millones de pesetas (120.202,42 euros) dividido en doscientas acciones nominativas, numeradas del 1 al 200, de cien mil pesetas (601,01 euros), totalmente suscrito y desembolsado por el Excmo. Ayuntamiento de Tegui y se designa el 28 de septiembre de 1990, el primer Consejo de administración integrado por D. Dimas Martín Martín, D. Clemente Alfredo Curbelo Hernández, D. Andrés Antonio Martín Bermúdez, D. Manuel Caraballo Torres, y D. Juan Betancort Borges; designándose Presidente del Consejo a el acusado Dimas Martín Martín, cargo en el que permaneció hasta el 8 de abril de 1994.

Asimismo se nombran claveros de la empresa a los acusados Dimas Martín Martín y a Higinio Hernández y a D. Salvador Fernández.

El objeto social de la misma es la prestación de los servicios de comercialización, industrialización, almacenamiento, congelación y conservación de productos agrícolas y marinos, así como la realización de toda clase de cultivos, tanto en el campo como en el mar y demás actos económicos de desarrollo, auxiliares o preparatorios del ejercicio de tales actividades económicas con ámbito municipal.

El Pleno del Ayuntamiento de Tegui se en sesión de fecha diez de noviembre de 1990 acordó el nombramiento de Comisión Gestora para la sociedad EMANTSA integrada por los Concejales Juan Ismael Brito Morales, Higinio Hernández Rodríguez y el Alcalde Dimas Martín Martín hasta que la misma se inscribiera en el Registro de la Propiedad. El día 13 de diciembre de 1990 se apertura en el Banco Hispano Americano la cuenta corriente número 0049/0255/76/10195202 cuyos titulares eran los acusados Higinio e Ismael con el subtítulo Empresa Municipal Agrícola y Marinera de Tegui se SA, la cual fue saldada el 20 de enero de 1992.

La entidad EMANTSA operaba con el Banco Hispano Americano, hoy Banco Santander Central Hispano, en el que apertura la cuenta corriente 0049-0255-71-10195881 y la cuenta 21.345.6; con la Caja Insular de Ahorros de Canarias en la que apertura la cuenta corriente 0230001161; y con la Banca March en la que apertura la cuenta número 2500112.

En Sesión del Pleno del Ayuntamiento de Tegui se celebrada el día 20 de diciembre de 1991, aprobada en sesión de 10 de abril de 1992, se aprobó la propuesta de la Alcaldía sobre ampliación del capital de EMANTSA en la suma de mil trescientos treinta millones de pesetas (7.993.460,99 euros), y en Junta General Extraordinaria y Universal de EMANTSA celebrada el día 20 de diciembre de 1991 se acordó por unanimidad aumentar el capital social en la suma de mil trescientos treinta millones de pesetas (7.993.460,99 euros), mediante la creación de trece mil trescientas nuevas acciones, de igual valor, clase y serie de las existentes, suscritas en su totalidad por el Ayuntamiento de Tegui se, realizándose su desembolso mediante la aportación a la sociedad de bienes de su propiedad, ello en virtud del informe elaborado por el experto designado por el Registro D. Manuel Fajardo Feo, Ingeniero agrónomo emitido con fecha tres de diciembre de 1991, resultando del mismo una valoración conjunta de mil ciento setenta y cuatro millones ochocientos setenta y seis mil ochocientos sesenta y tres pesetas. El Sr. Fajardo Feo era el Director Técnico del Complejo Agroindustrial (EMANTSA).

El objeto de dicha ampliación era la obtención de un crédito hipotecario de ochocientos millones de pesetas (4.808.096,84 euros) el cual fue aprobado en Junta General Universal Extraordinaria y Urgente de EMANTSA de fecha 25 de enero de 1992 hipotecando en su garantía la finca registral número 30.922 aportada a la sociedad en virtud de la escritura de ampliación del capital, constituida dicha finca por un conjunto de edificaciones denominado Complejo Agroindustrial ubicadas en una parcela de terreno de 40.000 metros cuadrados, facultando al Presidente del Consejo de Administración el acusado Dimas Martín para concertar el mismo, el cual se formalizó con el Banco Central Hispano Americano, hoy Banco Santander Central Hispano, otorgándose escritura el 25 de enero de 1992.

La gestión de la sociedad municipal la llevaba directamente el acusado Dimas Martín, en su calidad de Presidente del Consejo de Administración, era quien ordenaba y autorizaba los pagos con cargo a las cuentas corrientes de las que EMANTSA era titular; no existía control real ni externo ni interno de la actividad económico financiera de la empresa. En cuanto a la contabilidad se realizaban apuntes contables genéricos.

Por lo que obtenido el importe del crédito hipotecario el acusado Dimas Martín en calidad de Presidente del Consejo de Administración de EMANTSA, ordena el 27 de enero de 1992 el ingreso del cheque de caja número 1.524.704.6 por importe de 394.800.000 pesetas (2.372.795,79 euros) en su cuenta personal de crédito número 0049-0255-77-10182801 del Banco Hispano Americano de la que eran titulares además del acusado, D. Honorio García Bravo para saldar la cuenta de crédito vencida, dicho efecto fue cargado en la cuenta número 0049/0255/71/10195881 de EMANTSA aperturada en la misma entidad, donde se había efectuado el ingreso de los ochocientos millones del préstamo hipotecario.

Para darle realidad formal al ingreso de las 394.800.000 pesetas (2.372.795,79 euros) en su cuenta de crédito personal se formaliza Acta

del Consejo de Administración de 31 de enero de 1992 aprobada el ocho de abril en la que se acuerda la adquisición de 33.085 kilos de cochinilla a la Comisión de Agricultores Exportadores y la adquisición de uvas a la comisión por un valor de 87.615.219 pesetas (526.578,07 euros).

A los efectos de contabilizar dicha distracción de fondos en la contabilidad de la sociedad, se elaboran tres facturas que se dicen emitidas por la Comisión de Agricultores Exportadores en las que se hace constar que ésta vende a EMANTSA productos agrícolas, la primera de fecha 9 de enero de 1991 por la compra de 468.930 litros de vino por importe de 87.615.213 pesetas (526.578,07 euros); la segunda de fecha 1 de julio de 1991 por la compra de 33.085 kilos de cochinilla seca por importe de 264.680.000 pesetas (1.590.758,84 euros), y la tercera de fecha 27 de enero de 1992 por la compra de cebolla de la campaña de 1990 por importe de 42.504.770 pesetas (255.458,81 euros); constando en las tres facturas "Pagado mediante cheque número 704.6 del Banco Hispano Americano", resultando de la suma de las tres facturas el importe de la cuenta de crédito de la que era titular el acusado y el Sr. García Bravo (394.799.983 pesetas), no correspondiendo las firmas estampadas en ellas por la Comisión de Agricultores Exportadores a los acusados Higinio Hernández Rodríguez e Ismael Brito Morales, no realizándose ninguna compra de productos agrícolas.

Asimismo en el mismo día, 27 de enero de 1992, el acusado Dimas Martín en calidad de Presidente del Consejo de Administración ordena cargar a la citada cuenta de EMANTSA los cheques de caja 4.705 por importe de 58.700.000 pesetas (352.794,10 euros) y 4.710 por importe de 55.015.000 pesetas (330.646,80 euros) y el día 28 de enero el cheque de caja 4.720 por importe de 18.000.000 pesetas (108.182,17 euros), elaborándose a efectos de contabilidad y para justificar los cargos, tres facturas por la compra de productos agrícolas y cebolla a la llamada o supuesta Comisión de Agricultores Exportadores por la entidad EMANTSA; la primera de fecha 27 de enero de 1992 por la compra de productos agrícolas campaña 1990 por importe de 58.700.000 pesetas (352.794,10 euros) constando en la misma "pagado

mediante cheque nº 705.0 del Banco Hispano Americano"; la segunda de fecha 27 de enero de 1992 por la compra de cebolla campaña 1990 por importe de 55.015.000 pesetas (330.646,80 euros) consignándose en la misma "pagado mediante cheque nº 710.5 del Banco Hispano Americano"; y la tercera de fecha 24 de enero de 1992 por cebolla campaña 1990 por importe de 18.000.000 pesetas (108.182,17 euros) constando "pagado mediante cheque nº 4720 del Banco Hispano Americano, las tres facturas están firmadas por Dimas Martín dando el "Visto Bueno", y las firmas que se estampan por la Comisión no se corresponden con las de los acusados Ismael Brito e Higinio Hernández. Dichos efectos no se ingresaron en la cuenta corriente a nombre de los acusados Higinio Hernández e Ismael Brito subtitulada "Comisión de Agricultores Exportadores de Cebollas" número 049/0255/70-10170463 del Banco Hispano Americano. Dichas operaciones de compra venta no se realizaron.

No se ha acreditado que los acusados Higinio Hernández Rodríguez de Ismael Brito Morales participaran ni consintieran en la distracción y la apropiación de fondos de EMANTSA.

Como consecuencia de lo anterior, la entidad EMANTSA no pudo hacer frente a sus obligaciones de pago del préstamo hipotecario, por lo que el Banco Central Hispanoamericano ejecutó el crédito hipotecario que dio lugar al procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 Ley Hipotecaria número 169/1994 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Arrecife, siendo finalmente adjudicados los bienes a Gestiones y Desarrollos Patrimoniales, SA por Auto de 14 de diciembre de 1994, lo que hizo inviable la continuidad de EMANTSA.

TERCERO.- *Asimismo el día 26 de marzo de 1991 el acusado Dimas Martín Martín recibió de EMANTSA un cheque de la Caja Insular de Ahorros Canarias número 3.397.241.1 por valor de 2.500.000 pesetas (15.025,30 euros) sin que dicha entrega tuviera justificación alguna.*

En el año 1991 la entidad Lanzagrava SL. realizó obras de asfaltado en el Complejo Agroindustrial (EMANTSA), extendiéndose por esta entidad una factura con fecha mayo de 1991 por la suma de 17.000.000 pesetas (102.172,06), constando que para su abono se emitió el día siete de mayo de 1991 un cheque al portador número 9.018.294.5 contra la cuenta 0230001161 de EMANTSA, el cual se ingresó en la cuenta corriente 00-0.015.186.967 de Argentaria cuyos titulares son Alfredo Munuera Yurre y María del Pino Amondaraín Urresti, quienes carecen de toda relación con EMANTSA y con Lanzagrava SL.

El 17 de enero de 1991 se abona a D. Matías Curbelo Luzardo un cheque por importe de 2.400.000 pesetas (14.424,29 euros) como pago de unas facturas por la compra de unas cámaras frigoríficas a Fierro Autos S.A.

El 23 de enero de 1993 el Ayuntamiento de Teguiise realizó res transferencias a la cuenta corriente número 2500112 de la Banca March de la que era titular EMANTSA que ascendía a la suma total de 334.867.500 pesetas (2.012.594,21 euros) como anticipo de una subvención del cabildo de Lanzarote que inicialmente había acordado, pero finalmente no se concedió, no habiéndose restituido la misma al Ayuntamiento.

El ocho de noviembre de 1991 se realiza un ingreso en la cuenta corriente número 0230001161 de EMANTSA por importe de 16 millones de pesetas, sin que se haya acreditado quien efectuó el ingreso.

No ha quedado acreditado que EMANTSA no realizara las obras de acondicionamiento del campo de golf de Costa Teguisse, ni que las facturas para la ejecución de dicha obra hubiesen sido creadas artificialmente para dar cobertura a los 200 millones entregados por Ercros, S.A., por la realización de las mismas.

CUARTO.- *El acusado Dimas Martín Martín en nombre y representación de EMANTSA presentó con fecha 29 de abril de 1991 un escrito solicitando una subvención ante el Excmo. Sr. Consejero de*

Agricultura y Pesca de la Comunidad Autónoma de Canarias en la que declaraba bajo su responsabilidad que se hallaba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, con pleno conocimiento de que debía a Hacienda pública 7.746.149 pesetas (46.555,49 euros) retenidos a Ercros S.A. en concepto de I.G.T.E. (Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas) en tres facturas de 1 de marzo de 1991, y que en esa fecha tampoco había ingresado en la Hacienda Pública 815.915 pesetas retenidas en concepto de I.R.P.F en el primer trimestre de 1991.

Presentada dicha solicitud la Consejería de Agricultura y Pesca del Gobierno de Canarias, concedió a EMANTSA el 23 de mayo de 1991 una subvención por importe de 200.000.000 pesetas (1.202.024,21 euros) para sufragar parte de las inversiones a realizar en el Complejo Agroindustrial de Tegui, contabilizada el 28 de mayo de 1991.

El 13 de noviembre de 1991 el acusado Dimas Martín Martín en nombre y representación de EMANTSA, solicitó una subvención para afrontar los pagos a los agricultores que había comercializado la cebolla de la campaña de 1991, dictándose Orden del Excmo. Sr. Consejero de Agricultura y pesca de fecha 31 de diciembre en la que se otorgaba una ayuda a los agricultores que figuraban en el anexo que habían comercializado sus cebollas a través de EMANTSA por importe de 137.329.492 pesetas (825.366,87 euros) equivalente a 7,5 pesetas (0,05 céntimos de euro) por kilo de cebolla entregada.

Estableciéndose por Orden de 31 de enero de 1992 que EMANTSA abonara mediante talón nominal a cada agricultor la liquidación correspondiente.

Del importe total sólo se justificaron 132.788.974 pesetas, cuyo pago se llevó a efecto por la Administración Autonómica una vez cumplidos los requisitos para su justificación emitiéndose en febrero de 1992, tres talones nominativos a nombre de EMANTSA por importe total de 118.623.431 pesetas y 11.581.919 pesetas y 2.583.624 pesetas por

transferencias de fecha 27 de febrero y 30 de abril de 1992 respectivamente.

Recibido el dinero, el pago a los agricultores de la campaña de la cebolla del año 1991 se realiza pro EMANTSA mediante pagares emitidos por el Banco Hispano Americano en diciembre de 1991 y enero de 1992, los cuales fueron contabilizados en febrero de 1992, coincidiendo con la fecha de su vencimiento. Los citados pagarés resultan en su mayoría impagados al vencimiento, canjeándose por pagarés de la Caja Insular de Ahorros y de la Banca March en julio del mismo año, los cuales resultan impagados o atendidos sólo en parte al final del ejercicio.

Una cifra significativa de agricultores no habían recibido el importe correspondiente a la subvención al 31 de diciembre de 1992, e incluso en el primer trimestre de 1993, siendo el importe destinado por EMANTSA a los agricultores hasta el primer trimestre de 1993 inferior a la cantidad que como subvención había efectivamente recibido entre febrero y mayo de 1992 con destino a los mismos.

Quedando pendientes de pago a 31 de diciembre de 1992, 539 pagarés de la Caja Insular de Ahorros y 270 de la Banca March, por un importe aproximado de 239 millones de pesetas (1.436.418,93 euros), en los que se incluyen las 7,5 pesetas de la subvención de la cebolla.

QUINTO.- *El acusado Dimas Martín Martín en su calidad de Presidente del Consejo de administración de EMANTSA, cargo que desempeñó desde la constitución de la sociedad hasta el ocho de abril de 1994, no ingresó en la Tesorería General de la Seguridad Social la cuota empresarial y obrera correspondientes al periodo de abril a diciembre de 1991 por importe de 26.589.419 pesetas (159.805,62 euros); de enero a diciembre de 1992 por importe de 25.988.460 pesetas (156.193,79 euros); de enero a diciembre de 1993 por importe de 31.188.761 pesetas (187.448,22 euros), y de enero a febrero de 1994 por importe de 4.840.009 pesetas (29.089,04 euros).*

SEXO.- La empresa EMANTSA con NIF A-35249671 presentó la declaración del Impuesto sobre sociedades correspondientes a los ejercicios 1990 y 1991, no habiéndolo presentado en los ejercicios 1992 y 1993.

A fecha de cuatro de febrero de 1998 la citada entidad mantiene una deuda con la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 26.005.186 pesetas (156.293,71 euros), existiendo en curso varias propuestas de liquidaciones pendientes de adquirir firmeza.

SÉPTIMO.- El día 29 de agosto de 1991 el acusado Dimas Martín y Martín, en calidad de Presidente del Consejo de Administración de ETMANSA concertó con D. Alfredo Medina Medina un contrato de préstamo, en el que el segundo en concepto de prestamista se obliga a transferir a EMANTSA 86.500.000 pesetas (519.875,47 euros), obligándose el primero a elevar el contrato a la ratificación del Consejo de Administración en el plazo de seis meses. Para garantizar el cumplimiento de la obligación de reembolso se entregan al Sr. Medina dos pagarés de fecha 20 de agosto de 1991 de la Caja Insular de Ahorros de Canarias, el primero con el número 9.019.117.2 por importe de 41.500.000 pesetas (249.420,02 euros) con vencimiento el 4 de noviembre de 1991, y el segundo con número 9.019.118.3 por importe de 45.000.000 pesetas (270.455,45 euros) con vencimiento el 20 de noviembre de 1991, firmados por el acusado Dimas Martín Martín. Dicha operación fue aprobada por el Consejo de Administración en Sesión de 31 de enero de 1992.

El Sr. Medina realiza entre el 21 y 30 de agosto de 1991 ocho transferencias a la cuenta corriente número 001161 de la Caja Insular de Ahorros a nombre de EMANTSA por importe total de 86.512.159 pesetas (519.948,55 euros).

Llegado el vencimiento de los pagarés no se abonaron al Sr. Medina, por lo que se procedió a su renovación expidiéndose dos pagarés de la Banca March de fecha 21 de septiembre de 1992, el primero con el número 0022698-4 por importe de 86.500.000 pesetas

(519.875,47 euros) en concepto de principal con vencimiento el 20 de febrero de 1993, y el segundo con el número 0022699-5 por importe de 15.570.000 pesetas (93.577,58 euros) en concepto de intereses con vencimiento el 20 de febrero de 1993 firmados ambos por los acusados Dimas Martín Martín e Higinio Hernández Rodríguez; llegado el vencimiento los pagarés no se abonaron".

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente **pronunciamiento**:

"FALLAMOS:

1.- *Que debemos de absolver y absolvemos libremente a los acusados Higinio Hernández Rodríguez e Ismael Brito Morales del delito de malversación de caudales públicos del que venían siendo acusados y declarar de oficio dos octavos de las costas del juicio.*

2.- *Que debemos absolver y absolvemos a Dimas Martín Martín de los delitos contra la Hacienda Pública en su modalidad de defraudación del impuesto de sociedades, del delito continuado de falsificación en documentos mercantiles y del delito de estafa, declarando de oficio tres octavos de las costas procesales.*

3.- *Que debemos condenar y condenamos al acusado Dimas Martín Martín como autor criminalmente responsable de un delito continuado de malversación de caudales públicos, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de seis años de prisión e inhabilitación absoluta por tiempo de quince años.*

4.- *Que debemos condenar y condenamos al acusado Dimas Martín Martín como autor criminalmente responsable de un delito contra la Hacienda Pública en su modalidad de fraude de subvenciones, ya definido, a la pena de un año de prisión menor, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena Y MULTA DE 2.404.322,97 (cuatrocientos*

millones de pesetas), y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por tiempo de tres años.

5.- Que debemos condenar y condenamos al acusado Dimas Martín Martín como autor criminalmente responsable de un delito contra la Seguridad Social, ya definido, a la pena de un año de prisión menor, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 955.982,96 euros (ciento sesenta millones de pesetas), y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y el derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social por tiempo de tres años, así como al pago tres octavos de las costas procesales.

Que debemos condenar y condenamos a Dimas Martín Martín en concepto de responsabilidad civil a restituir a EMANTSA en la suma de 394.800.000 pesetas (2.372.795,79 euros) y en la suma de 2.500.000 pesetas (15.025,30 euros).

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, pudiendo interponer contra ella recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de cinco días".

3.- Con fecha **27 de diciembre de 2004**, el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Antonio Martín y Martín, Presidente de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas, formuló voto particular, *"por discrepar fundamentalmente del pronunciamiento absolutorio de los coacusados Higinio Hernández Rodríguez y Juan Ismael Brito Morales, y que en cumplimiento de cuanto previene el art. 156 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y demás disposiciones concordantes, se formula con arreglo a lo que en tales preceptos se prescribe, esto es, en forma de sentencia y con posibilidad de aceptarse por remisión los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el tribunal con los que se esté conforme".*

4.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley por el procesado **DIMAS MARTÍN MARTÍN**, y por la Acusación particular: **INMACULADA RODRÍGUEZ BETHENCOURT**, **ESTHER MEDINA RODRÍGUEZ** y **RAQUEL MEDINA RODRÍGUEZ**, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5.- Las representaciones de los recurrentes basan sus recursos en los siguientes **motivos de casación**:

A.- Recurso de DIMAS MARTÍN MARTÍN.-

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, con cauce procesal en el art. 852 LECr. y art. 5.4 LOPJ y art. 24 CE.

SEGUNDO.- Por infracción de Ley del art. 849.1º LECr., por infracción de los arts. 130 y 131 CP. de 1995, o arts. 112 y 113 del CP. 73 y en relación al art. 349 bis CP. 1973 o art. 305 CP. 1995.

TERCERO.- Por infracción de precepto constitucional, el derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE, con cauce en el art. 852 LECr.

CUARTO.- Por infracción de Ley del art. 849.2º LECr., por error en la apreciación de la prueba.

QUINTO.- Por infracción de Ley del art. 849.1º LECr., por aplicación indebida del art. 349 bis CP. 1973 y, subsidiariamente, indebida inaplicación del art. 307 CP. 1995 en su redacción dada por la LO 15/2003.

SEXTO.- Por infracción de Ley del art. 489.2º LECr., por error en la apreciación de la prueba.

SÉPTIMO.- Por infracción de Ley del art. 849.1º LECr., por indebida aplicación del art. 350 bis CP. 1973 y/o art. 308 CP. 1995, redacción L.O. 15/2003.

OCTAVO.- Por infracción de precepto constitucional, el derecho a la presunción de inocencia del art. 24 CE, con cauce en el art. 852 LECr.

NOVENO.- Por infracción de Ley del art. 849.1º LECr., por indebida aplicación del art. 350 bis CP. 1973 e inaplicación indebida del decreto 337/1997, en relación con el art. 2.2 CP.

DÉCIMO.- Por infracción de Ley del art. 849.1 LECr. por indebida aplicación del art. 350 bis CP. 1973, que sanciona el delito de fraude de subvenciones.

UNDÉCIMO.- Por infracción de Ley del art. 849.2º LECr., por error en la apreciación de la prueba.

DUODÉCIMO.- Por infracción de precepto constitucional y con cauce en el art. 852 LECr.

DÉCIMOTERCERO.- Por infracción de Ley, con cauce en el art. 849.1 LECr., por indebida inaplicación de la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas del art. 21.6º CP, en relación al art. 24 CE.

B.- Recurso de INMACULADA RODRÍGUEZ BETHENCOURT, ESTHER MEDINA RODRÍGUEZ y RAQUEL MEDINA RODRÍGUEZ.-

PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.2º LECr., por error en la apreciación de la prueba.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 849.1 LECr., por no aplicación del art. 528, subtipo agravado el 529.7 CP. de 1973.

TERCERO.- Por vulneración del principio de tutela judicial efectiva recogido en el art. 24.1 CE.

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de vista y fallo cuando por turno correspondiera.

7.- Hecho el señalamiento para la vista, ésta se celebró el día **4 de mayo de 2006**.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A.- Recurso de DIMAS MARTÍN MARTÍN

PRIMERO.- El primer motivo del recurso se basa en la infracción del art. 24 CE en tanto éste hace referencia a un proceso con todas las garantías. La Defensa del recurrente estima que esta infracción jurídica es consecuencia de que "el contenido fáctico del escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal excede del auto de 13 de junio de 2002 de incoación de la fase intermedia del procedimiento".

El motivo debe ser **desestimado**.

Repetidamente nuestros precedentes han admitido que el principio acusatorio forma parte de las garantías del debido proceso. En muchas de estas resoluciones hemos sostenido que el objeto del proceso, es decir las cuestiones que el tribunal de la causa debe decidir, queda definido por las conclusiones definitivas de la Acusación y la Defensa. Ello tiene dos fundamentos legales: el tribunal debe dictar sentencia según las "pruebas practicadas en el juicio" (art. 741 LECr) y las conclusiones provisionales son modificables y sólo después se convierten en definitivas en el momento previsto en el art. 732 LECr. Ninguna norma legal establece que algún auto de la fase instructoria o de la fase intermedia limite el contenido de las conclusiones definitivas. De esta manera la ley procesal garantiza acabadamente el derecho de defensa, toda vez que la representación del acusado tiene la posibilidad de contradecir sin limitación alguna las conclusiones definitivas

de la acusación. La Defensa, por otra parte, no ha alegado no haber podido defenderse de la acusación contenida en las conclusiones provisionales o definitivas del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso se contrae a la alegación de la inaplicación de los arts. 131 y 132 CP. Sostiene que no se produjo "una primera delimitación del hecho que posteriormente servirá de base para la condena hasta el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal de fecha 14.10.2002". A juicio de la Defensa en ese momento ya habían transcurrido cinco años desde la comisión de ese delito, dado que las cuotas no ingresadas en la Tesorería de la Seguridad social pertenecen a los ejercicios de 1991, 1992 y 1993.

El motivo debe ser **desestimado**.

La Defensa reconoce, como no podía ser de otra manera atendiendo a las constancias de la causa, que en la querrela que dio origen al presente proceso se consignaron los hechos concernientes a la deuda respecto de la Seguridad Social por importe de 54.068.993 ptas., según la liquidación producida por la Tesorería General de la misma. Sin embargo, señala que la querrela sólo se formuló por malversación de caudales públicos y que el delito contra la Seguridad Social no fue incluido entre los que se fijaron en el auto de incoación ya citado en el motivo anterior.

La expresión del art. 132. 2 CP por la que el legislador estima interrumpida la prescripción sólo por la dirección de la acción contra el culpable, se refiere a la investigación de los hechos que son objeto de la acción, pero no requiere que éstos sean calificados jurídicamente. Es decir, la calificación jurídica de los hechos no se requiere hasta el momento precisado el art. 649 LECr.

El recurrente invoca en favor de la tesis que defiende la STS 1929/2001. Sin embargo, el caso que fue objeto de la misma era completamente diferente, dado que se refería a un supuesto en el que la acción pública sólo se venía ejerciendo por una deuda correspondiente al impago de un impuesto determinado. En el curso de la causa, se abandonó la imputación basada en ese tributo y se la continuó por un impuesto distinto. En el presente caso, por el contrario, la

estructura del tipo penal es distinta, pues no se trata de un tipo penal en blanco, que debe ser completado por la correspondiente ley fiscal que establece cada tributo, sino de un único título de imputación de la deuda referente a la Seguridad Social. El hecho en el que se basó la acción pública estuvo, por lo tanto, siempre perfectamente determinado.

TERCERO.- En el tercer motivo se alega la infracción del art. 24 CE basándose en que la relación de descubiertos emitida por el Subdirector General de la Tesorería de la Seguridad Social, así como la certificación del Jefe de Área de Recaudación, no pudieron haber sido valorados como prueba, dado que no fueron ratificados en el juicio oral.

El motivo debe ser **desestimado**.

La Defensa considera que "la intervención de funcionario público en la elaboración de los documentos que fundamentan la resolución de condena por delito contra la Seguridad Social, no significa que los mismos gocen de absoluta preferencia probatoria". Sin embargo, los documentos públicos prueban la verdad de su contenido, mientras no hayan sido declarados falsos y, por lo tanto, no necesitan ser ratificados en el proceso. Como lo señala el Fiscal, la Defensa tuvo la posibilidad de contradecir el contenido de esos documentos. Es evidente que en el presente caso no se trata del método de determinación de la deuda respecto de la Seguridad Social. Por lo tanto, no son aplicables a este caso los criterios que esta Sala estima deben regir la determinación del hecho imponible que genera la deuda tributaria, para el que la LGT contiene criterios que no siempre se ajustan a las exigencias del proceso penal. En el caso del delito contra la Seguridad Social, la deuda se determina por un único método, consistente en la simple comprobación de que las sumas retenidas no fueron oportunamente ingresadas.

CUARTO.- El cuarto motivo del recurso se fundamenta en el art. 849 2º LECr, pues entiende el recurrente que en la determinación de la cantidad defraudada se han incluido conceptos que no corresponden al elemento normativo "cuota" y, por lo tanto, no pueden ser tenidos en cuenta para establecer la condición de punibilidad de los 120.000 euros. Se señalan los documentos de los folios 411,

412, 1869 y 1870. El motivo se completa con el quinto del recurso, que postula que la cuota que se le imputa al acusado como impagada no supera el límite de los 120.000 euros, límite aplicable en razón del art. 2.2 CP.

Ambos motivos deben ser **desestimados**.

El recurso no establece cuál es el cálculo alternativo que el recurrente estima correcto en relación a las cantidades que se expresan en los documentos que cita. Por lo tanto, omite explicar cuál sería el error en el que habría incurrido la Audiencia en la ponderación de esos datos. El motivo basado en el art. 849, 2º LECr no puede prosperar cuando no se señala cuál sería el error, explicando qué cantidades concretas fueron mal entendidas y erróneamente subsumidas. El cuarto motivo, en consecuencia, carece manifiestamente de fundamento por lo que le es aplicable el art. 851,1º LECr, que en esta fase permite la desestimación del mismo.

De todos modos la pretensión del recurrente no podría tener éxito. En efecto, en cuanto a la materia del quinto motivo, y dado que el recurrente solicita la aplicación del art. 307 CP vigente, por ser más favorable, es de tener en cuenta que el texto del artículo mencionado se refiere a la omisión del "pago de cuotas de [la Seguridad Social] y conceptos de recaudación conjunta". Esos conceptos de recaudación conjunta incluyen todas las sumas que se generen por la omisión consciente del ingreso de las cantidades generadas por los hechos que establecen las leyes de la Seguridad Social. La Defensa, por el contrario trae a colación la opinión de algunos autores, pero, sin embargo, no expone razones jurídicas convincentes para excluir los recargos por mora y apremio del concepto de "recaudación conjunta". Por el contrario, carecería de todo fundamento suponer que el legislador sólo ha querido establecer una protección meramente parcial de un patrimonio oficial de singular significación en la realización de la política social del Estado. Asimismo, no sería justificable que quien incumple deberes de solidaridad social se vea beneficiado con el uso gratuito de sumas de dinero ajeno que, de haber obtenido mediante un préstamo hubiera tenido que retribuir mediante pago de intereses.

Consecuentemente, los recargos de mora, de apremio e intereses deben ser considerados como objeto de la defraudación punible que prevé el art. 307 CP, dado que configuran también el daño ocasionado por el delito y, por tal

razón, constituyen conceptos de recaudación conjunta, con relevancia para la determinación del límite que separa los hechos punibles de los que no lo son. De ello se deduce que, en contra de lo postulado por la Defensa, no existe ninguna vulneración de la exigencia de *lex stricta* (art. 25.1 CE), dado que la interpretación realizada está expresamente cubierta por el sentido del texto legal. La Sala estima que resultaría contrario tanto al texto como a la finalidad del tipo penal excluir del resultado del delito las cantidades que el recurrente pretende eliminar.

La Defensa sostiene, por otra parte, que es necesario hacer algo más que no pagar y que se requiere una "maniobra de elusión o defraudación". Es, sin embargo, evidente, que cuando la ley define la conducta típica hace referencia tanto a la acción como a la omisión. Por lo tanto, esta equivalencia de ambas formas de la conducta demuestra que la simple omisión es suficiente, pues si se exigiera que la omisión fuese acompañada de una "maniobra de elusión o defraudación", que sólo puede ser, por definición, activa, la referencia a la omisión sería superflua. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el delito del art. 307 CP. consiste en la infracción de un deber que incumbe al agente de la retención y que tal infracción se configura mediante la retención indebida de sumas que debería haber ingresado.

QUINTO.- Los motivos sexto a décimo se refieren al delito de fraude de subvenciones definido en el art. 350 CP 1973. El recurrente sostiene en primer lugar que al folio 520 (tomo II) se consigna que el Consejo de Gobierno concedió una subvención que fue destinada en su totalidad a la adquisición de cebollas de la campaña de 1991. La subvención, dice la Defensa, alcanzó la suma de 137. 329.492 ptas. y según el citado documento emitido por la Consejería de Agricultura y Alimentación del Gobierno de Canarias "fue debidamente justificada ante la intervención delegada".

La Defensa considera que la Audiencia no consideró que al folio 1683 consta que EMANTSA adquirió diversas cantidades. de cebolla, de cebolla de cebollino pagando un precio de 31,5 ptas., por un total de 517.183.537 ptas. y por 554.994.717 ptas. De allí se deduce que se gastaron en adquisición de cebollas 315.994.717, lo que supera la cantidad de 137. 329.492 ptas. recibidas como subvención. Afirma la Defensa en segundo lugar (motivo séptimo) que no se ha podido determinar el importe desviado de la finalidad de la subvención, para lo que

se apoya en lo resuelto por la Audiencia en relación a la responsabilidad civil. Consecuentemente no se habría establecido una defraudación superior a los 80.000 euros. Como infracción del art. 24.2 CE se alega, en el octavo motivo, que no existe prueba del dolo del delito de fraude de subvenciones, refiriendo la cuestión al desconocimiento del acusado de la falsedad de las afirmaciones realizadas respecto del cumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de la subvención. En el noveno motivo se sostiene que la falsedad de la declaración en lo concerniente a las obligaciones tributarias no sería típica, pues el art. 20 del Decreto 337/1997, que estima debe ser aplicado retroactivamente, limita la exigencia de declarar las deudas fiscales sólo a las obligaciones tributarias con la Comunidad Autónoma. Las deudas fiscales que en su momento no declaró, sin embargo, tenían carácter nacional. Por último sostiene, en el motivo décimo, que el hecho referido a la subvención no es antijurídico, dado que no es posible constatar que haya lesionado el bien jurídico protegido, toda vez que "no lesiona de modo relevante la política subvencional de la Comunidad Autónoma, habida cuenta que una predicada ocultación de ostentar una pequeña deuda frente a la Hacienda Pública o un retardo en el pago a los cosecheros de cebolla no puede conformar la relevancia penal en clave de antijuricidad.

Los cinco motivos deben ser **desestimados**.

1. Las constancias que se derivan del documento del folio 520 de la instrucción, referentes a la justificación de 132.788.974 ptas. carece de relevancia, toda vez que tal justificación ha sido ya tenida en cuenta por el Tribunal a quo en los hechos probados. Pero, lo importante es que a la empresa representada por el recurrente se le otorgaron dos subvenciones, según hechos probados no impugnados. Una de 200.000.000, contabilizada el 28. 5.1991, La otra de 137.329.492 ptas. acordada por orden de 31. 12. 1991. Es decir, que de los 337.329.492 ptas. recibidas como subvención sólo se justificó una parte inferior a la mitad. Pero, además, el informe del folio 1677 y stes. de la Auditoría de Cuentas de Canarias, del que el recurrente sólo cita folios aislados, se deduce que la ayuda recibida por la sociedad no fue aplicada al pago de la cosecha de cebolla en su totalidad, dado que los pagarés emitidos quedaron en su mayoría impagados (folio 1686). Es claro, por lo tanto que el dinero recibido no fue utilizado según el fin de la subvención, ya que los destinatarios no recibieron hasta ahora el importe correspondiente.

2. Tampoco tiene razón el recurrente cuando alega que la Audiencia no pudo establecer en la sentencia la responsabilidad civil por el fraude de subvenciones, toda vez que en el informe de la Auditoría de Cuentas no consta la suma no empleada en los fines de la misma. En consecuencia, concluye, no habría sido acreditado que el desvío de los fondos de la subvención no alcanzó la cantidad que condiciona la punibilidad del delito. En efecto, sin perjuicio de que se trata de una omisión en la que la Audiencia no debería haber incurrido, lo cierto es que el recurrente dispuso, a través de la empresa que representaba, 337.329.492 ptas. y que sólo justificó, como vimos menos de la mitad de esa suma.

3. En cuanto a la inexistencia de prueba del dolo del delito de fraude de subvenciones el motivo carece manifiestamente de fundamento y ello determina nuevamente la aplicación del art. 851. 1º LECr. Repetidamente hemos señalado que el dolo sólo se excluye por el error o la ignorancia respecto de algún elemento del tipo (art. 14.1 CP). Pero, el recurrente no afirma que los destinatarios de la subvención no la recibieron porque él obró ignorando elementos del tipo objetivo del delito. Consecuentemente su alegación referente al carácter no doloso de su conducta no puede ser admitida, aunque el argumento de la Audiencia para afirmar el dolo pueda ser discutible. Las argumentaciones incorrectas no determinan la infracción de ley (vía por la cual se debería haber formalizado el motivo), cuando el fallo es adecuado a derecho a pesar del error argumental de la sentencia recurrida.

4. El delito de fraude de subvenciones está regulado por medio de dos alternativas típicas: la obtención fraudulenta de una subvención y el empleo desviado de los fondos obtenidos mediante una subvención. Se trata de alternativas típicas independientes, es decir, ninguna de ellas depende de la comprobación de la otra. De ello se deduce que, una vez acreditada la desviación antijurídica de los fondos recibidos por la subvención, la cuestión de si, además, la subvención fue obtenida fraudulentamente se torna irrelevante. Aunque el recurrente tuviera razón respecto de que el art. 20 del Decreto 377/1997 de la Comunidad Canaria sólo condicionaba el otorgamiento de la ayuda a la inexistencia de deudas fiscales con la Comunidad Autónoma, la segunda alternativa típica del delito, el empleo desviado de los fondos se habría cumplido de todas maneras, pues los que deberían haberlos recibido no los recibieron y no existe ninguna justificación de los fondos faltantes.

5. La Sala tampoco puede admitir que el fraude de subvenciones atribuido al recurrente no sea materialmente antijurídico, porque no habría lesionado relevantemente el bien jurídico protegido. En nuestros precedentes hemos subrayado que -como se afirmó en los orígenes de la teoría de la antijuricidad material- la corrección de la antijuricidad formal por la antijuricidad material no es una función de los tribunales, sino del legislador. Ello no excluye, como lo admite la doctrina, que, dentro de los límites del método teleológico y del sentido del texto de la ley, la lesión del bien jurídico pueda orientar la interpretación de un texto que no distinga con precisión la conducta socialmente adecuada de la que es contraria al orden jurídico. En todo caso, nuestra jurisprudencia no ha admitido un principio general de no punibilidad basado en la reducida entidad de la ilicitud o la culpabilidad, pues nuestra ley penal, a diferencia de la austríaca no contiene tal renuncia a la punibilidad. Tampoco contiene una posible aplicación del principio de oportunidad para casos semejante como la Ordenanza Procesal Alemana (StPO).

De todos modos, en el caso de los delitos contra la hacienda pública el legislador ya ha introducido una cuantificación del daño determinante de la relevancia penal del hecho, al condicionar la punibilidad mediante un límite mínimo del perjuicio que el mismo debe haber causado. En tales casos, es totalmente innecesario, además de la constatación de la tipicidad, un nuevo juicio adicional sobre el daño causado por la defraudación a la "política subvencional" del ente que otorga la subvención. Todo ello sin perjuicio de que el delito de fraude de subvenciones protege el patrimonio del ente público que otorga la subvención y que la suposición de un supuesto bien jurídico consistente en la "política subvencional" es completamente ajena al derecho vigente.

SEXTO.- El undécimo motivo del recurso se dirige contra el hecho probado que da lugar a la condena por malversación (art. 432.1º y 74 CP). Sostiene la Defensa del recurrente, apoyándose en el art. 849,2º LECr, que existen en la causa documentos, no analizados individualmente de manera adecuada en el recurso, que demuestran que adquirió 33.085 kg. de cochinilla que posteriormente se vendieron a EMANTSA. Estima que "de dichos documentos se desprende inequívocamente que, de un lado, la operación de compra de la cochinilla existió, y, de otro, que fue la Comisión de Agricultores y no D. Dimas Martín Martín quien adquirió de los agricultores-cultivadores da cochinilla esos 33.085 kilos". El motivo

se complementa con el duodécimo, en el que se impugna la racionalidad y coherencia del razonamiento del Tribunal a quo.

Ambos motivos deben ser **desestimados**.

1. La Audiencia basó su convicción en dos hechos: la inexistencia de la Comisión de Agricultores Exportadores de Cebollas y la inexistencia de los 33.085 kg. de cochinilla en los almacenes de la sociedad.

Respecto del primer hecho la prueba ha sido correctamente valorada. Los documentos, que, como se dijo no han sido individualmente considerados por la Defensa, parecen encontrarse en la causa, pues han sido tomados en consideración en la sentencia. La Audiencia los ha valorado junto con otras pruebas, llegando a la conclusión de que la "llamada Comisión de Agricultores Exportadores de Cebollas" no existió. Su juicio se basa en pruebas que demuestran lo contrario de lo que según la Defensa surgiría de tales documentos. En primer lugar, dice la Audiencia, el único que afirma la existencia de tal comisión es el recurrente. Asimismo que la fotocopia del documento de constitución no sólo no aparece la firma de los representantes de la supuesta comisión, sino que los firmantes de ese documento, cuyas rúbricas aparecen en otra página, niegan toda vinculación con la comisión. Tampoco los numerosos agricultores que declararon en el juicio, subraya la Audiencia, han admitido haber pertenecido a tal comisión. Por otra parte las firmas de los coacusados absueltos que aparecen en los folios 403/405, donde aparece un convenio de liquidación de relaciones comerciales entre la comisión y EMANTSA, son falsas. También son falsas las firmas de los mismos coacusados absueltos en las facturas que obran a los folios 399,400, 401, 402 y 407.

Es indudable, por otra parte, que a la luz de los elementos señalados por los Magistrados *a quibus*, la prueba documental aportada por la Defensa y ahora invocada en los términos del art. 849, 2º LECr, no cumple con la exigencia de no estar contradichos por otros elementos probatorios.

2. Respecto del segundo hecho en el que se apoya el razonamiento de la sentencia, la Sala ha hecho uso de las facultades que le confiere el art. 899 LECr y ha comprobado que la Audiencia de Cuentas de Canarias constató (ver folio 1587 y ste.) que la existencia de 33.085 kg. de cochinilla, que según la el libro mayor de

la contabilidad se encontraban en el almacén no estaban en el mismo cuando se quiso constatar su existencia. Los requerimientos de la Audiencia de Cuentas para que se diera razón documentada de la existencia de los 33.085 kg. de cochinilla, nunca fueron cumplidos. Por lo tanto, la cuestión es sencilla: hay un elemento patrimonial de EMANTSA que ha desaparecido y del que no se ha dado explicación alguna. Tampoco este razonamiento puede ser censurado jurídicamente, pues no infringe reglas lógicas, ni máximas de la experiencia.

La Defensa afirma que se debería haber investigado dónde se encontraban en la península los 33.085 kg. de cochinilla. Sin embargo, en la inspección realizada por la Audiencia de Cuentas no se encontró la preceptiva documentación que acreditara el lugar en el que se encontraban realmente los 33.085 kg. de cochinilla. No era exigible una investigación que hubiera cubierto todo el territorio peninsular para encontrar la cochinilla, teniendo en cuenta que lo que se pudo constatar era su inexistencia en el lugar en el que debía estar y que el recurrente no alegó ninguna razón que justificara la ausencia.

Consecuentemente, los dos razonamientos en los que se basa la convicción del Tribunal a quo son adecuados a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia.

3. No es distinta la situación respecto del cheque injustificadamente entregado al recurrente y comprobado por la Audiencia de Cuentas de Canarias. La Defensa sostiene que el ingreso de 16.000.000 ptas. que consta al folio 633 demuestra que esa suma ha sido restituida. La Audiencia admite que el ingreso existe, pero considera que no se ha acreditado quién lo hizo y rechaza de esa manera la pretensión de la Defensa. La Sala ha hecho nuevamente uso de las facultades del art. 899 LECr y ha comprobado que al folio 633 consta efectivamente la pág. 2 de la ficha contable del acusado y que allí aparece un ingreso de 16.000.000 ptas. y que éste se atribuye a Dimas Martín Martín. Pero, también ha comprobado que en la pág. 1 de esa ficha (folio 632) no existe ninguna anotación que justifique la emisión del cheque de 26 de marzo de 1991 por 2.500.000 ptas. Ello demuestra que se trató de una operación -comprobada por la Audiencia de Cuentas- no contabilizada y, por lo tanto, carente de causa. Resulta claro que las constancias contables no pueden aclarar el libramiento a favor del

acusado de un cheque por 2.500.000 ptas. y que, por consiguiente, se trata de una disposición de dinero sin causa.

SÉPTIMO.- En el último motivo del recurso se refiere a las dilaciones indebidas que habría sufrido el proceso. Considera la Defensa que la causa, cuyo objeto son hechos ocurridos entre 1989 y 1991, no ha sido especialmente compleja y que por tal motivo su larga duración resulta injustificada, lo que se debería traducir en la apreciación de una atenuación muy cualificada. No se indican en el recurso "tiempos muertos" en la tramitación del proceso.

El motivo debe ser **desestimado**.

El Ministerio Fiscal se ha opuesto a la estimación de la atenuante y ha considerado, correctamente a juicio de la Sala, que la duración de la causa debe contarse a partir de 1995, fecha a partir de la cual el recurrente ha estado sometido a este proceso.

El recurrente no ha especificado cuáles serían las vicisitudes procesales que fundamentarían su petición y, consecuentemente, no ha aportado una motivación suficiente del motivo (art. 885,1º LECr.). En este proceso se han investigado los delitos fiscal y de estafa, de fraude de subvenciones, de defraudación a la Seguridad Social y malversación de caudales públicos. Esta cantidad de delitos, que necesariamente debía ser investigada por medio de cuantiosa documentación, ha sido llevada a cabo dentro de un tiempo razonable.

B.- Recurso de la ACUSACIÓN PARTICULAR.-

OCTAVO.- El primer motivo del recurso se basa en el art. 849. 2º LECr. La Acusación Particular no señala los documentos en los que basa el recurso. Afirma que en el proceso se acreditaron hechos que el Tribunal a quo no ha considerado.

El motivo debe ser **desestimado**.

Al no haber señalado la representación de la acusación particular ningún documento en el que apoyar sus afirmaciones, el motivo carece manifiestamente de fundamento (art. 851.1º LECr).

NOVENO.- El segundo motivo del recurso denuncia la infracción de los arts. 528 y 529 CP 1973, pues alega que el acusado sería responsable de un delito de estafa en perjuicio de D. Alfredo Medina, fallecido. El tercer motivo, fundado en el art. 24. 1 CE reitera el contenido del segundo.

Ambos motivos deben ser **desestimados**.

Los hechos que podrían sostener este motivo no han sido declarados probados. Por lo tanto, es de aplicación el art. 884, 3º LECr, que en esta fase es fundamento de la desestimación del motivo.

Por otra parte, no cabe apreciar vulneración alguna del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que los recurrentes han podido acceder a la jurisdicción y han obtenido una resolución jurídicamente fundada.

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS **NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS DE CASACIÓN** por **infracción de Ley** interpuestos por **INMACULADA RODRÍGUEZ BETHENCOURT, ESTHER MEDINA RODRÍGUEZ y RAQUEL MEDINA RODRÍGUEZ**, como acusación particular, y por el procesado **DIMAS MARTÍN MARTÍN**, todos ellos contra sentencia dictada el día **23 de diciembre de 2004** por la **Audiencia Provincial de Las Palmas**, en causa seguida contra dicho procesado por un delito continuado de **malversación de caudales públicos** y por delitos **contra la hacienda pública y contra la seguridad social**.

Condenamos a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus correspondientes recursos.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Enrique Bacigalupo Zapater

D. José Manuel Maza Martín

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Diego Ramos Gancedo

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Enrique Bacigalupo Zapater, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.