

**Audiencia Provincial Sección Segunda
Las Palmas**

Rollo: 0000116/2006 PR

Proc. origen: 0000099/2001 PRO

Jdo. origen: JDO. 1A.INST.E INS

Plaza San Agustín nº6

Teléfono: 928-325002

Fax: 928-325032

Resolución: 000146/

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

D^a. Pilar Parejo Pablos

Presidente

D^a. Yolanda Alcázar Montero

D. Nicolás Acosta González

Magistrados

En Las Palmas de Gran Canaria, a 20 de Noviembre
de 2.007.

Visto ante esta Audiencia Provincial, Sección Segunda, de Las Palmas de Gran Canaria, el presente **Rollo nº 116/2006** dimanante de los autos del **Procedimiento Abreviado 99/2001** del Juzgado de Instrucción nº 1 de Arrecife, seguido por delito CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA, APROPIACIÓN INDEBIDA Y FALSEDAD contra **BASILIO GONZÁLEZ TEJERA** (nacido en Las Palmas el 26 de Noviembre de 1955 con DNI nº XXXXXX), contra **MARÍA EUGENIA VILLALBA HERNÁNDEZ** (nacida en Las Palmas el 11 de Noviembre de 1959, con DNI nº XXXXX), contra **VALENTÍN ELVIRA BERRIEL** (nacido en Las Palmas el 5 de Noviembre de 1957, con DNI nº XXXXX), representados por el Procurador Sr. Pérez Alemán y asistido del Letrado Sr. Fajardo Palarea, y contra **ELENA ÁNGEL GUTIÉRREZ** (nacida en Madrid el 21 de Junio de 1959, con DNI nº XXXXX), representada por el Procurador Sr. Trujillo Perdomo y asistido del Letrado Sr. Álvarez Sánchez, habiendo sido parte acusadora el MINISTERIO FISCAL, y actuando como Acusación particular la Federación de Empresarios Turísticos de Lanzarote (AETUR), representada por el Procurador Sra Cabrera De La Cruz y asistida de la Letrada Sra. Pérez Batista, siendo

ponente la Magistrada Ilma Sra D^a Yolanda Alcázar Montero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los días 8 y 9 de Noviembre de 2007 se celebró el juicio oral. En dicho acto, después de practicadas las pruebas, el Ministerio Fiscal, elevó a definitivas sus conclusiones provisionales, y calificó los hechos de autos como constitutivos de un delito continuado contra la Hacienda Pública, previsto y penado en los arts 308 y 74 CP, un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en los arts 252, en relación con el art 249 y 250.6^a del mismo Texto Legal e interesó la condena de los acusados como autores del primer delito a la pena de cuatro de prisión, multa de 500.000 euros y pérdida del derecho a obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social por seis años y por el último delito la pena de seis años de prisión, accesorias legales y diez meses de multa a razón de 12 euros diarios; solicitando que en concepto de responsabilidad civil los acusados indemnicen conjunta y solidariamente a Forelan en la suma de 603.998 euros. La acusación particular acusó, además, por un delito de uso de documento oficial falso del art 393 CP en relación con el art 390 y 392 CP solicitando la pena de 5 meses de prisión y multa de cinco meses con una cuota diaria de 24 euros por dicho delito, e iguales penas que el Ministerio Fiscal por los otros dos delitos, así como la misma responsabilidad civil.

SEGUNDO.- La Defensa del acusado, en igual trámite, elevando a definitivas sus conclusiones provisionales, solicitó la libre absolución de sus patrocinados y, subsidiariamente, para el caso de que se condenase a los mismos, se aplique la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada en atención a lo dispuesto en el art 21.6^a CP.

HECHOS PROBADOS

RESULTA PROBADO Y ASÍ SE DECLARA que la Fundación para la Formación y el Empleo de Lanzarote (FORELAN) se constituyó en 1993. Dicha Fundación nace con el objetivo de coordinar y distribuir recursos financieros provenientes de la Comunidad Autónoma de Canarias, la Administración Central y el Fondo Social Europeo, a fin de satisfacer las necesidades formativas tanto de empleados como de empresarios y formar a los trabajadores y hacerlos más competitivos.

En la referida Fundación (FORELAN) participan los sindicatos más representativos: la Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CCOO); así como las organizaciones empresariales más importantes de la isla: Federación de la Pequeña y

Mediana Empresa de Lanzarote (FELAPYME), la Asociación de Empresarios de Hoteles y Apartamentos de Lanzarote (ASOLAN) y la Federación de Empresarios Turísticos de Lanzarote (AETUR).

Los acusados, todos ellos mayores de edad y sin antecedentes penales, eran miembros del patronato de FORELAN desde 1995: Basilio González Tejera, como presidente y en representación de CCOO; Eugenia Villalba Hernández, vicepresidente, en representación de UGT; Valentín Elvira Berriel, como Tesorero (a partir de Diciembre de 1995) y en representación de FELAPYME; y Elena Ángel Gutiérrez, como Secretaria, representante de ASOLAN.

FORELAN firmó un Contrato-Programa con el Gobierno de Canarias en 1995 a través del Instituto Canario de Formación y Empleo (ICFEM) en función del cual se concedía a FORELAN ayudas para financiar acciones de formación ocupacional. Dicho Contrato-Programa tenía una vigencia de tres años.

Por Resolución del Director del ICFEM nº 1197, de 19/8/1996 para la concesión y asignación de subvenciones destinadas a financiar las acciones formativas a desarrollar en el marco de los contratos programas suscritos el 29 de diciembre de 1995, correspondientes a la anualidad 1996, así como la puesta en marcha de las Unidades de Inserción, se concedieron a FORELAN las siguientes subvenciones: para cursos de formación profesional ocupacional financiados con cargo al Fondo Social Europeo (85 %) y Comunidad Autónoma (15%), 39.691.500 pts, (238.550,72 euros); Unidades de Inserción financiadas con cargo al Fondo Social Europeo (85%) y Comunidad Autónoma (15%), 11.657.828 pts (70.064,96 euros) y para cursos de formación profesional ocupacional del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, 68.009.880 pts (408.747,61 euros).

Por Resolución del Director del ICFEM nº 348 de 7/4/1997 para la concesión y asignación de subvenciones destinadas a financiar las acciones formativas a desarrollar en el marco de los contratos programas suscritos el 29 de diciembre de 1995, correspondientes a la anualidad 1997, se concedieron a FORELAN las siguientes subvenciones: para cursos de formación profesional ocupacional financiados con cargo al Fondo Social Europeo (85 %) y Comunidad Autónoma (15%), 17.126.400 pts (102.931,74 euros) y para cursos de formación profesional ocupacional del Plan Nacional de Formación e Inserción Profesional, 124.520.190 pts (748.381,41 euros).

Por Resolución del Director del ICFEM nº 347 de 7/4/1997 para la concesión de subvenciones destinadas a financiar la implementación de los servicios de inserción laboral a desarrollar en el marco

de los contratos-programa suscritos el 29 de diciembre de 1995, correspondientes a la anualidad de 1997, se concedieron a FORELAN las siguientes subvenciones: para Unidades de Inserción Laboral financiadas con cargo al Fondo Social Europeo (85%) y Comunidad Autónoma (15%), 27.241.055 pts (163.722,04 euros).

El acusado Valentín Elvira Berriel constituyó la sociedad COPY SHOP Lanzarote, Sociedad Limitada, por Escritura Pública de fecha 1 de Julio de 1996. La acusada Elena Ángel constituyó la entidad Servicios y Gestión empresarial Lanzarote, SERGESLAN, S.L., el 21 de Septiembre de 1995.

En dichas empresas prestaron sus servicios como asalariados los acusados Basilio González y Eugenia Villalba: desde Septiembre de 1996 a Noviembre de 1997 en SERGESLAN y desde Enero de 1998 para COPY SHOP, figurando dados de alta en la Seguridad Social en esos períodos.

Ambas entidades prestaron servicios a FORELAN, en relación con las acciones formativas de esta última. No se ha acreditado que los acusados se apropiaran en su propio beneficio de parte de las subvenciones referidas con anterioridad en cuantía superior a 80.000 euros.

No se ha acreditado tampoco que los cursos incluidos en las acciones formativas subvencionadas no se impartieran o que los acusados falsearan los alumnos a los que iban dirigidos o las horas efectivamente impartidas.

Por Resolución de la Directora del ICFEM de fecha 4 de diciembre de 2003 se acordó el reinicio del procedimiento de reintegro respecto de la entidad FORELAN a instancia de la Intervención General de la Administración del Estado, proponiendo el reintegro de 2.290.583 pts (13.766,68 euros), más el interés de demora correspondiente, relativo a parte de la subvención concedida mediante Resolución nº 1197, de 19 de Agosto de 1996 del Director del ICFEM.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como cuestión previa en el acto del juicio oral las defensas de los acusados plantearon una serie de aspectos que, en realidad, afectan al fondo mismo de la causa, pues hacen referencia a la falta de los requisitos que el tipo penal por el que se acusa exige: no concreción de la suma defraudada, falta de personación de la Administración perjudicada y valoración de las diligencias de investigación. Por ello, serán objeto de análisis en los Fundamentos siguientes.

SEGUNDO.- Se formula acusación, en primer lugar, por un delito de fraude de subvenciones, regulado en

los números primero y segundo del artículo 308 del vigente Código Penal. Es preciso, por tanto, verificar la existencia de tipicidad en todas y cada una de las actividades encausadas, y en su caso, en su conjunto, para poder delimitar la responsabilidad individual, que en caso de haberse infringido algún tipo penal, pudiera afectar a los acusados de forma individual.

Los elementos de los dos tipos establecidos en el artículo 308 CP consisten, por un lado, en uno especial: el falseamiento u omisión de datos para obtener indebidamente las subvenciones o la modificación sustancial del fin perseguido por la Hacienda pública para su concesión. Todos los demás elementos del tipo son comunes, y consisten, por un lado, en la obtención de las cantidades liquidadas en concepto de subvenciones o ayudas y en la superación de la cuantía de ochenta mil euros como mínimo (en la redacción anterior, vigente en la fecha en que ocurrieron los hechos enjuiciados, diez millones de pesetas, si bien se aplica la redacción actual, vigente a partir del 1 de Octubre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/03 que la modifica, al ser más favorable), ambos elementos objetivos. Además, es precisa la existencia de un ánimo falsario o defraudatorio, elemento subjetivo, que evitará la posibilidad de comisión salvo que concurra el dolo específico que caracteriza esta figura delictiva.

Procede, en consecuencia, analizar si las operaciones supuestamente delictivas que han sido objeto de acusación y actividad probatoria en el acto del juicio oral conforman la conducta tipificada, y, por tanto, determinar la existencia o no de un delito acreditado suficientemente, de forma que quede destruida la presunción de inocencia de que goza todo acusado, y que viene establecida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

TERCERO.- El primero de los elementos objetivos del tipo afecta de diferente manera a cada una de las operaciones que deben ser analizadas, puesto que en alguno de los casos la conducta de todos o de alguno de los acusados podrá referirse al falseamiento de las condiciones requeridas para su concesión o a la ocultación de las que la hubiesen impedido, tal y como establece el núm.1 del artículo 308 del Código Penal , cuyo texto es: *" El que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones Públicas de más de 80.000 euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado..."* Sin embargo, en otras de las operaciones, lo que se achaca a los acusados es que, sin falsear los datos e impresos para su concesión, lo que realmente ha sucedido es que se ha modificado la finalidad por la que se solicitó la subvención o ayuda, y por tanto se ha infringido el núm.2 del citado artículo, que indica que: *"Las mismas se impondrán al que en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de la*

Administraciones Públicas cuyo importe supere los 80.000 euros, incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida".

Así, en primer lugar, en los escritos de acusación se señala que durante el año 1995 el acusado Basilio, de acuerdo con el resto de acusados, y como presidente de FORELAN, remitió al ICFEM, al menos, cinco comunicaciones de finalización de curso y evaluación final de los distintos cursos realizados por FORELAN, en los que se consignan más horas de las realizadas y calificación de los alumnos, dando como calificación final de apto a alumnos que no superaron más de una semana de asistencia o incluso no llegaron a realizar ni una hora del curso. En prueba de ello se aporta informe del Inspector del ICFEM D. Antonio Hernández Sánchez (folios 57 y ss), ratificado en el acto del juicio oral, y testifical de alguno de los alumnos de tales cursos. Sin embargo, ninguna de estas pruebas es concluyente.

El Sr Hernández Sánchez manifestó en el acto del juicio que el informe que consta en las actuaciones se refiere a cursos del año 1994, aunque fue elaborado en 1995. En el mismo se constatan una serie de irregularidades en la impartición de los cursos objeto de inspección, tales como falta de asistencia de alumnos, aunque en todos ellos se llega al número mínimo exigido por la normativa: ocho, y menor número de horas de curso que las exigidas. Respecto a esto último, el testigo reconoció haber realizado una aclaración de su informe (folio 71) en la que se hace constar que no tuvo en cuenta que al tratarse de cursos de hostelería muchas horas se impartieron los fines de semana. Asimismo manifestó que, a pesar de recibir presiones por parte de los miembros de FORELAN, el informe lo remitió al ICFEM, ignorando si a raíz del mismo se inició un procedimiento administrativo, el cual fue archivado, según la Resolución de fecha 7 de Febrero de 1996, obrante al folio 79 de las actuaciones. Tampoco recordaba haber dado su visto bueno a las comunicaciones de finalización de los cursos, señalando que durante su inspección visitaba directamente el centro, hablaba con el profesor encargado, así como con los alumnos.

Por otro lado, al acto de juicio acudieron como testigos alumnos de alguno de los cursos (en realidad, sólo de tres). D^a Ana Morales Francés recibió un curso de buceo en FORELAN y manifestó que no se le dio la titulación porque faltaban horas lectivas en la materia de inglés y reconoció que todos los alumnos inscritos, unos once, terminaron el curso. D. Antonio Jesús Santana González manifestó que se inscribió en un curso de Alemán Secretariado y apareció con la calificación final de apto pese a que no lo realizó, habiendo recibido un curso de Comercio Exterior, aunque no recordaba con quién lo hizo. D^a Heredina María Fuentes Hernández hizo un curso de Alemán

Turístico, que terminó (folio 143), no recordando el número exacto de horas lectivas, si bien señaló que por lo menos eran 8 alumnos. D. Rafael López Vázquez declaró que se inscribió en el curso n° 171 de Alemán y que sólo fue la primera semana ya que empezó a trabajar y lo abandonó apareciendo en la comunicación obrante al folio 107 como apto, si bien no recibió título alguno. D^a María Jesús de Paez Rodríguez participó en el mismo curso que el anterior testigo, señalando que hacían varias horas por la tarde y que cada día firmaban la asistencia, que era controlada por el profesor D. José Luis Arraez Pérez comenzó el curso de Alemán Turístico y lo abandonó, apareciendo (folio 143) como apto, no recordando a los otros alumnos del curso. El mismo curso fue realizado por D^a Claudina Isabel Santana Farsi quien a la vista de la comunicación obrante al folio 143 manifestó que no conocía a muchos alumnos porque posiblemente hacían el curso por la tarde.

La defensa por su parte aportó la testifical de D^a Alejandra Rougvie Urquhart, que compareció en las Diligencias Informativas de Fiscalía y que dirigía la empresa que impartió el curso n° 171 de Alemán, ratificando su declaración en tales diligencias, así como la factura obrante al folio 194 de las actuaciones, manifestando que se impartieron todas las horas lectivas del citado curso.

De la valoración conjunta de las testificales se deduce que los cursos a los que se refieren se impartieron efectivamente, que algunos de los alumnos abandonaron voluntariamente el mismo, pese a lo cual se cumplía el número mínimo de alumnos, como hizo constar el inspector en su informe, y que muchos alumnos no se conocían porque acudían al curso en distintos horarios. Lo que no cabe extraer de las mismas es, a los efectos penales que ahora nos interesan, la existencia de un falseamiento de las comunicaciones o de las certificaciones remitidas al ICFEM, con la finalidad de conseguir la obtención de las subvenciones para los años 1996 y 1997 especificadas en los hechos probados: los cursos se impartieron con carácter general, el número mínimo de alumnos era el exigido en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 13 de Abril de 1994 (BOE de 28 de Abril de 1994), que regula, entre otros aspectos, las subvenciones a los Centros colaboradores, como también se señala en el informe remitido por el ICFEM (folio 857), la cual permitía, además (art 10.4), que se computaran como alumnos que han finalizado el curso aquellos que precisen abandonarlo antes de su finalización por haber encontrado un empleo, siempre que el número de alumnos que finalicen no supere al de los programados, como también declaró el testigo-perito D^a Soledad Monzón Cabrera, gerente de FORELAN desde Febrero de 1996 a Diciembre de 1998.

Ciertamente que surgen dudas sobre que el número de horas lectivas impartidas en alguno de los cursos (téngase en cuenta que sólo se practicaron testificales respecto de tres cursos y la responsable de la empresa que impartió uno de ellos testificó que se dieron todas las horas) fuera el establecido en la normativa reglamentaria. Ello podría dar lugar a un procedimiento administrativo de reintegro, como de hecho ocurrió en los años siguientes, según consta en los hechos probados, mas no supone una conciencia en el falseamiento de las condiciones establecidas para su concesión o una ocultación de las que lo hubiese impedido, teniendo en cuenta, en su caso, su carácter aislado.

Por último, la acusación particular considera que los acusados cometieron un delito de uso de documento oficial falso del art 393 CP. Sin embargo, por las mismas razones expuestas, no existe prueba alguna de la falsedad de las comunicaciones remitidas al ICFEM, ni tampoco de las certificaciones firmadas por el acusado Basilio como presidente de FORELAN, sin que por la acusación particular se haya precisado a que documentos en concreto se refiere su calificación.

CUARTO.- En segundo término, y en relación ya con el segundo tipo del artículo 308 del Código Penal, las acusaciones consideran que los acusados no destinaron la totalidad del importe de las subvenciones recibidas por FORELAN durante los años 1996 y 1997 a la finalidad para la que se concedieron las mismas al entender que, a través de las entidades Copy Shop y SERGESLAN, cuyos administradores eran, respectivamente, los acusados Valentín y Elena, y para los que trabajaron los otros dos acusados, Basilio y Eugenia en las fechas señaladas en los hechos probados, facturaron a FORELAN cantidades por conceptos que no respondían a una efectiva prestación, con la finalidad de justificar así el importe de la subvención, apropiándose los mismos "casi íntegramente" de tales cantidades. Para acreditar tal hecho se aporta informe del perito judicial, Inspector de Hacienda, (folios 303 y ss), aclarado posteriormente (folios 397 y ss) y ratificado en el acto del juicio oral.

Sin embargo, obran en las actuaciones Informe de la Oficina Nacional de Auditoría (folios 201 y ss), Informes de la Auditoría Externa del ICFEM (folios 861 y ss) y un tercer Informe de la Intervención General de la Administración del Estado (aportada en el acto del juicio por el Ministerio Fiscal junto con la Resolución que reinicia el expediente de reintegro y unida al rollo), en los que, en líneas generales, se concluye que no se observa irregularidad alguna en el uso de los fondos públicos, salvo la constatada en el último de los informes por importe de 2.290.583 pts (13.766,68 euros).

Por otro lado, el informe del Sr. perito judicial, Inspector de Hacienda, no es concluyente. Dicho

informe, que ha de merecer credibilidad en cuanto a la competencia profesional y a la minuciosidad demostrada por el perito en su elaboración y confección, se funda en la documentación que le fue facilitada por los acusados y aunque ciertamente revela la existencia de una serie de irregularidades, el perito no puede afirmar tajantemente la falsedad de las facturas giradas a FORELAN o su elaboración artificiosa para justificar el importe de la subvención. Para ello hubiera sido preciso profundizar en las relaciones comerciales de Copy Shop y SERGESLAN y contar con la documentación que se explicita en su informe y que, a pesar de ello, no fue solicitada a los terceros proveedores. Es decir, dicho informe es ineficaz a los efectos que ahora nos interesan por no reflejar suficientemente la realidad de sus afirmaciones y conclusiones, no en base a omisiones voluntarias de su redactor, sino por insuficiencia de los datos en los que se fundó. Y a ello ha de añadirse que dicho informe fue objeto de crítica por dos peritos de parte, que asimismo acudieron al acto del juicio oral, y que manifestaron no estar de acuerdo, desde el punto de vista técnico, ni con el método seguido por el Sr. perito judicial ni con alguna de sus afirmaciones.

La conclusión de ello es que no sólo no ha quedado acreditado sin margen alguno de duda razonable las supuestas actividades ilícitas de los acusados, sino que tampoco las acusaciones han concretado, ni en sus escritos de acusación ni en el acto del juicio oral, la cantidad que los acusados pudieron defraudar a la Hacienda Pública Autonómica, siendo ello un elemento esencial del tipo previsto en el art 308 párrafo segundo del Código Penal.

La Sala II del Tribunal Supremo ha interpretado este precepto en sus Sentencias de 9 de febrero de 1.991, 19 de abril (EDJ1997/2159) y de 4 de julio de 1.997 (EDJ1997/6141) y en la de 15 de julio de 1.999 (EDJ1997/6141). La STS de 4 de Julio de 1997, así como la STS de 19 de Abril de 2001 (EDJ 2001/5595), señalan que el referido tipo penal exige como condición objetiva de punibilidad que la cuantía de la subvención o la cantidad efectivamente distraída de los fines de la misma supere la suma de 80.000 euros (antes diez millones de pesetas). Por tanto, tratándose de un elemento del tipo y no de la cuantía de la deuda generada por el delito, es una condición necesaria para la aplicación del tipo, cuya ausencia no puede ser determinada durante la ejecución de la sentencia.

QUINTO.- Entrando en el análisis del referido informe pericial y, en concreto, en el ámbito de las operaciones de Copy Shop, el Sr. perito judicial pone de relieve que dicha entidad obtuvo en 1996 un beneficio del 52,87% y en 1997 uno del 18,21%. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que no es ilícito que una sociedad mercantil obtenga beneficio, lo relevante es determinar si las prestaciones que dice haber llevado a cabo para FORELAN se realizaron efectivamente o no.

En el informe pericial se ponen de manifiesto una serie de irregularidades en el aspecto contable, de las que el Sr. perito presume la falsedad de las operaciones objeto de facturación. A este respecto, en el informe del perito D. José Damián García Cabrera (folios 492 y ss), se señala la falta de conciliación por parte del perito judicial de las cuentas corrientes que la empresa mantenía en distintas entidades bancarias, con las mismas cuentas llevadas según la contabilidad de la sociedad, ya que siempre pueden haber diferencias entre unas u otras por distinta fecha de contabilización o por errores u omisiones, de forma que se emitió el informe, a su juicio, sin certeza absoluta de los pagos y cobros que la empresa realizó realmente.

Así, por ejemplo, mientras el Sr. perito judicial señala que en el año 1996 no constan en contabilidad gastos de personal, ni administrativo ni docente, ni siquiera servicios profesionales prestados por otras empresas para dar los cursos ese año (folio 307), la pericial del Sr. García Cabrera pone de manifiesto (folio 503) que, según las facturas examinadas por el mismo, se subcontrató con la empresa The English Centre of Lanzarote tres cursos, habiéndose contabilizado la factura emitida el 20 de Diciembre de 1996 en 1997, lo cual es, ciertamente, una incorrección contable, pero de ello no puede presumir el Tribunal que tales cursos no se llevaron a cabo. Asimismo, en el informe del Sr. Inspector de Hacienda se expone que no existen justificantes de la adquisición de material de oficina por parte de Copy Shop con anterioridad a la factura de 10 de Junio de 1996 (folio 308). En el informe del Sr. García Cabrera (folio 505) se señala que le fue presentada una copia de una factura de la entidad Deportes Triana de Mayo de 1996 por un importe neto de 450.000 pts (folio 524), y que fue reconocida en el acto del juicio por el testigo D. Rafael Silva Betancort, señalando que le vendió dicho material a Copy Shop. Esta factura, explica el perito, no se contabilizó nunca porque, a pesar de que viene a nombre de comercial Copy Shop, esta sociedad no estaba constituida todavía y fue pagada por el administrador de la empresa. Por tanto, de nuevo a este Tribunal le surgen dudas sobre si el acusado Valentín contaba con ese material cuando le fue entregado a Copy Shop y, especialmente, admitiendo que se contaba con cierto material pero que el importe de la primera factura referida pudo aumentarse artificialmente, cuál fue la cuantía defraudada pues, insistimos, no se pueden hacer presunciones en contra del reo cuando consta una explicación razonable que las acusaciones no han podido rebatir y por éstas no se concreta el importe defraudado, no pudiendo el Tribunal sustituir a las mismas y proceder a la "elaboración de una nueva pericial", como en este caso hubiera sido necesario .

En el acto del juicio oral se debatió asimismo sobre si el acusado Valentín tenía o no un establecimiento de librería en Arrecife, pues el Sr. perito judicial expresó en su informe sus dudas sobre que eso fuera cierto, lo

que incidía en la falsedad de las relaciones comerciales de Copy Shop. Sin embargo, en el acto de la vista el testigo D^a Estanislao García González señaló que en los años 1996 y 1997 compró material de papelería a Valentín y que acudió a una tienda a minoristas en la Calle Triana de Arrecife, en la que atendía una señorita. Asimismo el Sr. Inspector de Hacienda puso de manifiesto la existencia de una serie de asientos contables que revelaban que el dinero abonado por FORELAN a Copy Shop se destinaba directamente a su administrador, el Sr. Elvira, sin pasar previamente por la sociedad. Pero ello tendrá su relevancia en el ámbito interno de las relaciones entre sociedad y socios o desde un punto de vista fiscal, pero no supone que el dinero público abonado por el ente colaborador del ICFEM no retribuyera un servicio efectivamente prestado por la entidad.

Por último, como ya hemos anticipado, el Sr. perito judicial señala al final de su informe (folio 316) que a fin de disipar las dudas manifestadas sobre la veracidad de las operaciones efectuadas entre Copy Shop y otras entidades sería necesario que se solicitara la información que se especifica a los sujetos económicos que se relacionan (Techniform, S.L, Fundación Formación y Empleo Comisiones Obreras, Consellor, S.L y Carpilanza, S.C.P.), documentación que no fue exigida, por lo que de nuevo no se puede concluir la falsedad de las operaciones facturadas.

Respecto a las operaciones de SERGESLAN, el Sr. perito judicial concluye (folio 317) que del examen de los controles y la documentación aportada en los cursos señalados en el informe parece suficientemente probado que los cursos se habrían impartido, si bien se producen, a juicio del perito, unas distorsiones entre los costes para la entidad y lo facturado. En este sentido, el referido informe de la Oficina Nacional de Auditoría (folios 201 y ss) hace alusión a la necesidad de llevar a cabo un estudio de mercado en la isla, al igual que el perito Sr. Lorenzo Vázquez, que acudió asimismo al acto del juicio oral, manifestó al perito judicial en la comparecencia de éste en el Juzgado. Sin embargo, el Sr. Inspector de Hacienda, en la aclaración de su informe (folio 398) estima que ello no es necesario. Por tanto, al no haberse llevado a cabo dicho estudio de mercado, ya considerado necesario por la Oficina Nacional de Auditoría, independiente de cualquiera de las partes, no se puede conocer cuál es el margen ordinario en el sector. Ello guarda relación con lo manifestado por la testigo-perito D^a Soledad Monzón Cabrera, gerente de FORELAN, en el acto del juicio oral, quien al ser preguntada por el margen de intermediación manifestó que hay que tener en cuenta los conceptos por los que se factura. Así, respecto de las facturaciones (muy elevadas en algún caso) por elaboración de material didáctico (8.746.750 pts), seguimiento y control de cursos (8.726.770 pts y 5.459.158 pts) e impartición de cursos (20.017.000 pts), se desconoce cuál es el precio medio del servicio

prestado (para lo que también habrá de tenerse en cuenta la cualificación profesional) y el margen de beneficio medio, ya que, insistimos, no es ilícito que una entidad mercantil obtenga beneficios en el ejercicio de su actividad. Por tanto, tampoco se puede concluir, sin margen de duda razonable, que la facturación fue excesiva o que no correspondió a la realidad.

Finalmente, se ha de señalar que en la fecha en que ocurrieron los hechos no estaba prohibida legalmente la autocontratación entre los miembros del patronato de la Fundación, lo cual se incluyó en la Ley 50/2002, de 26 de Diciembre, de Fundaciones. Ciertamente que ello no resulta deseable cuando se están manejando fondos públicos, cuya gestión debe ser eficaz y transparente y su control exhaustivo. Pero los principios del Derecho Penal exigen que los hechos queden acreditados sin margen de duda razonable y que se cumplan todos los elementos del tipo, circunstancias que no concurren en el presente caso, según lo expuesto. Por ello, procede la absolución de los acusados del delito de fraude de subvenciones por el que eran acusados, sin necesidad de entrar a analizar la participación individual de cada uno de ellos en los hechos.

SEXTO.- Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular acusan asimismo por un delito de apropiación indebida. Las imprecisiones y dudas manifestadas en los Fundamentos anteriores de esta Resolución ya serían suficientes para absolver a los acusados. Pero, además, ha de tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial referida, entre otras, en las mencionadas SSTs de 19 de Abril de 2001 y de 4 de Julio de 1997. Se señala en ambas resoluciones que podrá discutirse desde una perspectiva de política criminal las razones que haya tenido el legislador para despenalizar, mediante una condición objetiva de punibilidad, las infracciones que no alcancen los 80.000 euros, sometiéndolos, sin embargo, a rigurosas sanciones de carácter administrativo. Pero cualquiera que haya sido el acierto que hay tenido la Ley desde esa perspectiva, lo cierto es que el sistema mixto de sanciones administrativas-penales constituye un régimen especial que excluye, por lo tanto, el general de la estafa, sin determinar una impunidad absoluta, sino estableciendo una modalidad sancionadora específica para ilicitudes menores de una determinada cantidad. Esta doctrina ha de aplicarse igualmente a la apropiación indebida, la cual, en el supuesto en el que se condene por un delito de fraude de subvenciones queda absorbida por este último como tipo especial que exige para su comisión, en este caso, la referida apropiación de fondos públicos por particulares. Pero tampoco podría condenarse subsidiariamente por este delito, puesto que en el caso de estimarse probada la comisión de una actuación irregular que no superarse el importe de 80.000 euros, el principio de especialidad

y el referido sistema mixto exigirían que la conducta fuera sancionable en el ámbito administrativo.

En definitiva, procede igualmente la absolución de los acusados por este delito.

SÉPTIMO- De acuerdo con lo establecido en los artículos 239 y 240, 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede declarar de oficio el pago de las costas procesales.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que debemos absolver y absolvemos, a Basilio González Tejera, Eugenia Villalba Hernández, Valentín Elvira Berriel y Elena Ángel Gutiérrez de los delitos de fraude de subvenciones, apropiación indebida y falsedad de los que, respectivamente, venían siendo acusados, declarando de oficio el abono de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes, a las que se hará saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE CASACIÓN en el plazo de CINCO DÍAS, a contar desde la última notificación, con los requisitos previstos en los artículos 855 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la firma, estando celebrando Audiencia Pública en el mismo día de la fecha, de lo que doy fe.