

Roj: **STS 1825/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1825**Id Cendoj: **28079120012013100290**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **11/04/2013**Nº de Recurso: **1098/2012**Nº de Resolución: **318/2013**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BI 2/2012,**
STS 1825/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Abril de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el **recurso de casación** por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación legal de **Felix**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Primera), de fecha 20 de abril de 2012 en causa seguida contra Narciso ; Carlos Manuel y Felix, por un delito de apropiación indebida, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, el recurrente representado por el procurador don Ignacio Melchor Oruña y como parte recurrida la FUNDACIÓN ANESVAD representada por el procurador don Ángel Rojas Santos. Siendo **Magistrado Ponente** el Excmo. Sr. D. **Manuel Marchena Gomez**.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de instrucción núm. 8 de Bilbao, incoó procedimiento abreviado núm. 95/2011, contra Narciso ; Carlos Manuel y Felix y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Primera), rollo penal 6/2012-1 que, con fecha 20 de abril de 2012, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"La Fundación Anesvad es una Organización no gubernamental para el Desarrollo (ONGD), sin ánimo de lucro, encomendada al Protectorado del Gobierno del Reino de España y clasificada como de beneficencia particular de carácter asistencial por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (OMAS de 18 de noviembre de 1992), debidamente inscrita en el Archivo-Registro de Fundaciones del citado Ministerio con el nº 48/130.

La Fundación Anesvad tiene su sede en Bilbao y sus fines últimos son la erradicación de la pobreza en el mundo y el fomento del desarrollo sostenible de los países y sectores de población más desfavorecidos, finalidades para cuyo logro desempeña labores en áreas de atención sanitaria, desarrollo social y sensibilización, tanto a través de proyectos genéricos y de campañas generales (Navidad), como de proyectos y fines específicos (leprosería de la Isla de Culión, Ulcera de Buruli, Misión de China..), nutriéndose sus fondos del patrimonio fundacional y de las aportaciones de los socios, colaboradores y donantes. Estos fondos se adscriben a la consecución de los fines fundacionales, con la excepción estatutariamente prevista de aquellos bienes transmitidos para la realización de un fin concreto, que deberán necesariamente aplicarse a los objetivos señalados por el transmitente.

El acusado Felix, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, al haber sido condenado en sentencia de 19 de octubre de 1993 por un delito contra la seguridad del tráfico, ostentó el cargo de Presidente del Patronato y de la Fundación Anesvad desde su constitución en los años 70, hasta el 8 de mayo de 2007 tras su detención por esta causa.



El acusado Narciso , y el acusado Carlos Manuel , ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, fueron respectivamente Director General y Director Financiero de la Fundación durante los años a que se refieren estos hechos y hasta el despido de ambos, que se produjo con efectos del 14 de octubre y 30 de septiembre de 2005 respectivamente.

Por su parte, Felix ostentó el cargo de Cónsul Honorario de Filipinas desde el 18 de octubre de 1995 hasta que fue cesado el 4 de octubre de 2007, cargo que no era retribuido económicamente y para cuyo desempeño empleaba los medios materiales y personales de Anesvad, sin abonar por ello la correlativa contraprestación.

Los acusados, entre los años 1996 y 2006, dispusieron de fondos propiedad y/o gestionados por Anesvad destinándolos a fines particulares propios o ajenos, pero desviándolos de los fines sociales para los cuales se recibían los donativos.

Procede distinguir a continuación la actuación de los tres acusados.

Primero. Actuación de Felix .

El acusado, en su condición de presidente de la Fundación y dadas las facultades de gestión que le permitía este cargo, mantuvo abiertas y operativas una serie de cuentas bancarias a lo largo de estos años, sin que ninguna de ellas estuviera reflejada en la contabilidad de Anesvad a pesar de que se utilizaban, al menos las más antiguas (cuenta 1, 2 y A), para recibir los donativos para los proyectos de la Fundación.

Las cuentas son las siguientes:

BBVA 0182-1300-11-0000543404 (cuenta 1)

BBVA 0182-1300-15-0200543406 (cuenta 2)

BBVA 0182-1300-11-0202543404 (cuenta 3)

BBVA 0182-1300-16-0000884648 (cuenta A)

BBVA 0182-1300-16-0200884640 (cuenta 4)

BBVA 0182-1300-13-0201583324 (cuenta 5)

La característica común de las cuentas era su carácter opaco a la contabilidad de la Fundación y el nexo de unión de todas ellas era Felix , presidente de Anesvad, que aparecía autorizado en todas las cuentas citadas y las gestionó durante la vida de las mismas.

Las dos cuentas más antiguas son la cuenta 1 (abierta en 1988 y cuyo titular era Leprosería de Culión, titular sin personalidad jurídica, y posteriormente fue su titular el hermano jesuita Simón , hasta que en el año 2003 se produce el cambio de titularidad al Consulado General de Filipinas; como autorizado figuraba el Sr. Felix), y la cuenta A (su titular original era "Misión China-Delegación del P. General Compañía de Jesús", sin personalidad jurídica, y posteriormente cambia su titularidad al padre jesuita Aurelio ; como autorizado figuraba el Sr. Felix). En ambas cuentas se recibían donativos para los proyectos de Leprosería de Culión y de Misión China, pero no en exclusiva, pues también se recibían en ellas donativos para otros proyectos de Anesvad como Ulcera de Buruli, o donativos genéricos para la Fundación. También en las cuentas bancarias sí contabilizadas en la contabilidad de Anesvad se recibían donativos para estos dos proyectos de Culión y China.

La relación entre estas cuentas fue la siguiente: Desde la cuenta 1 (Leprosería de Culión), una vez que pasó a ser de titularidad del Consulado General de Filipinas el 13 de marzo de 2003, se traspasó su saldo que ascendía a 527.320,22 euros el 1 de abril de 2003 a la cuenta 2 , abierta el 31 de marzo de 2003, y cuyo titular era el Consulado General de Filipinas. El saldo de esa cuenta 2 (1.617.200,95 euros) se traspasó el 26 de enero de 2005 a la cuenta 3 , abierta dos días antes a nombre de Anesvad (pero no registrada en la contabilidad). Esta cuenta permaneció operativa hasta el 29 de agosto de 2005, fecha en la que el saldo entonces existente (612.051,54 euros) es retirado en efectivo e ingresado en la cuenta 5 , de la que es titular el Consulado General de Filipinas.

Por otra parte, desde la cuenta A (Misión de China) se traspasó su saldo (233.081,41 euros) el 24 de enero de 2005 a la cuenta 4 abierta a nombre de Anesvad (pero sin contabilizar). El saldo de la cuenta 4 (218.096,89 euros) se traspasó el 29 de agosto de 2005 a la cuenta 5 abierta ese día a nombre del Consulado General de Filipinas, como hemos visto.

Durante estos años se realizaron los movimientos entre cuentas no contabilizadas que ya hemos reflejado, y que quedaron opacos a la contabilidad de la Fundación a pesar de tener origen en aportaciones de socios y colaboradores, lo que permitió al Sr. Felix realizar toda una serie de **disposiciones de fondos** de estas cuentas, para fines distintos a los fines de Anesvad. Consta que también realizó alguna operación de desviación de fondos desde cuentas sí contabilizadas por Anesvad.



Las disposiciones de fondos efectuadas por el acusado son las siguientes:

A) De las mencionadas cuentas bancarias, que **no figuraban contabilizadas** en la contabilidad de la Fundación Anesvad, el acusado Sr. Felix dispuso **para fines distintos a los de aquella**, de las siguientes cantidades:

1. 1.326.128,97 euros que el acusado desvió desde las cuentas 1 a 5 y A, ya mencionadas, a las cuentas del BBVA 0182- 1300-18-180000894762 (cuenta C-1), y del BSCH 0049-4800-73-2116103647 (cuenta C-2), ambas titularidad del Consulado General de Filipinas en Bilbao y en las que estaba autorizado el acusado, a través de 38 disposiciones mediante cheques nominativos o al portador y cuyo importe era ingresado primeramente en la cuenta C-1, hasta su cancelación el 16 de junio de 2003 y luego en la cuenta C-2, abierta el 3 de abril de 2003.

2. 1.563.412,10 euros, provenientes de las citadas cuentas, que el acusado procedió a ingresar a su vez en tres cuentas bancarias de las que era personalmente su titular, en concreto la cuenta del BSCH NUM001 (cuenta G-1), la cuenta del BSCH NUM002 (cuenta G-2) y la cuenta del BSCH NUM003 (cuenta G-3). Esta disposición de fondos e ingreso en estas tres cuentas se realizó de la siguiente manera: mediante un cheque nominativo, librado contra la cuenta 1 por importe de 601.012 euros que el Sr. Felix ingresó el 15 de enero de 2002 en la cuenta G-1; a través de un cheque al portador de 900.000 euros, firmado por el Sr. Felix y librado contra la cuenta 3, ingresándose el 12 de marzo de 2005 en la cuenta G-3; mediante tres cheques nominativos por importe de 21.000 euros y de 17.400 euros, librados contra la cuenta 2 y uno de 24.000 euros librado contra la cuenta 5, y que fueron ingresados en la cuenta G-2, el 3 de enero de 2005 el 14 de enero de 2005, y el 4 de enero de 2006 respectivamente.

3. 1.502.530,26 euros que Felix retiró el 22 de junio de 1999 de la cuenta 1, mediante un cheque al portador que destinó a la adquisición en el Banco Santander Central Hispano de participaciones de Fondos de inversión mobiliaria de su exclusiva titularidad ("S.Europa Mixto Sicav SI", "Global Equity a Sicav SI", "Asia Pacific a Sicav (USP) SI", "Latina American a Sicav (USD) SI", "Eurobalance a Sicav").

4. 60.100 euros dispuestos a través de dos cheques al portador emitidos por Felix y cobrados por él mismo, el primero el 7 de enero de 2003 por importe de 12.000 euros contra la cuenta 1, y el segundo por importe de 48.100 euros contra la cuenta 2, el día 14 de septiembre de 2004.

5. 720.186,39 euros mediante cheques al portador librados por diferentes cantidades y cobrados en efectivo durante el periodo de enero de 1998 a julio de 2004, por empleados del Departamento de Logística de la Fundación Anesvad siguiendo las instrucciones del presidente Sr. Felix, de manera que por esta vía se dispusieron de las siguientes sumas de las cuentas no contabilizadas de Anesvad: 139.744,67 euros de la cuenta 1, 297.212,65 euros de la cuenta 2, 89.523,25 euros de la cuenta 3, 26.460 euros de la cuenta 4, 10.000 euros de la cuenta 5 y 157.245,82 euros de la cuenta A, dando la suma total de 720.186,39 euros indicada.

B) De las mencionadas cuentas que no figuraban en la contabilidad de Anesvad el acusado Felix dispuso **para fines propios o de terceros** vinculados a él personalmente o a la Fundación Anesvad, de las siguientes cantidades:

1. El 6 de febrero de 1996 se retiró de la "cuenta 1" la cantidad de 204.344,12 euros que se destinó al pago del precio de compra de la vivienda habitual de Felix en la CALLE000 nº NUM000 de Bilbao.

2. Con destino a fines particulares Felix dispuso mediante un cheque ingresado en una cuenta de la agencia de viajes Wagon List el 8 de septiembre de 2000, de la suma de 3.421,77 euros; mediante un cheque pagado a Makro el 9 de mayo de 2001 de la suma de 5.355,02 euros para comprar productos y de la cantidad e 4.657,84 euros por compras en El Corte Inglés el 24 de julio de 2001.

3. El 2 de noviembre de 2004 dispuso de la cuenta 2 de la suma de 17.375 euros mediante cheque al portador firmado por él mismo y que cobró a nombre del Consulado de Filipinas en Bilbao.

4. Provenientes de la cuenta 1 y mediante cheques de fecha 30 de octubre de 1996, 13 de agosto de 1999 y 20 de abril de 2001, se ingresaron en la cuenta C-3 cuyo titular era el Consulado General de Filipinas y en la que figuraba como único autorizado Hermenegildo, amigo personal del Sr. Felix y también cónsul honorario de Filipinas las cantidades de 42.070,85 euros, 29.209 euros y 142.439,87 euros, distrayéndolas de este modo de su legítima finalidad. Igualmente en fecha 14 de marzo de 2001 se dispone de un cheque de la cuenta A y se ingresa en la cuenta 3 a nombre del Consulado de Filipinas por importe de 18.030,36 euros.

5. Con fecha 20 de abril de 2001, el Sr Felix detrajo de la cuenta 1, mediante cheque, la suma de 252.425,08 euros ingresándolos en una cuenta del Sr. Hermenegildo en concepto de préstamo sin interés. El Sr. Hermenegildo reintegró el 22 de noviembre de 2001 a la citada cuenta 1 la cantidad de 186.313,75 euros, restando pendiente de devolución la cantidad de 66.111,33 euros.



6. En beneficio del también acusado Carlos Manuel y de su esposa Dña. Celestina , Felix dispuso de la cantidad de 37.698,30 euros pertenecientes a Anesvad y que ingresaron en la cuenta del BBVA NUM004 (cuenta M-1) de la titularidad de aquéllos mediante el libramiento de cinco cheques ordenados o firmados por el Sr. Felix por importe de 15.025,30 euros el 11 de junio de 2001, de 13.673 euros el día 18 de octubre de 2004, de 2.900 euros el día 10 de octubre de 2005, de 2.500 euros el día 13 de octubre de 2005, y de 1.500 euros el día 17 de octubre de 2005.

7. También en beneficio de otro empleado de Anesvad, Alexis (técnico de proyectos de la fundación) el Sr. Felix dispuso de 96.000 euros de la cuenta 2 el día 30 de abril de 2003, en concepto de préstamo sin interés. De esta cantidad se ha restituido a Anesvad 36.000 euros. El resto fue devuelto por el Sr. Alexis mediante un cheque de la entidad Bankinter, que fue cobrado por el Sr. Felix e ingresado en la cuenta 2 , titularidad del Consulado de Filipinas, no en la de la Fundación.

8. Con fecha 12 de julio de 2004 el acusado Sr. Felix dispuso de la cuenta 2 de la suma de 10.451,80 euros mediante un cheque al portador cuyo importe se destinó a la compra de un vehículo Renault Clío a Gausa Autoak para la sobrina del acusado, Sra. Beatriz .

9. En favor del contable de la fundación Sr. Leoncio , se detrajeron el 8 de noviembre de 2003, 18.000 euros de la cuenta 2 mediante un cheque que fue ingresado en la cuenta del Sr. Leoncio .

10. En beneficio del responsable del departamento de informática de Anesvad, Luis Pedro , el acusado Sr. Felix dispuso mediante cheque al portador de 18.000 euros de la cuenta 3, suma que fue cobrada en efectivo por el Sr. Luis Pedro el 17 de junio de 2005.

11. El empleado del Area de mantenimiento de Anesvad, Eulalio , recibió el 31 de mayo de 2006 del Sr. Felix un cheque contra la cuenta 5 por importe de 18.030 euros.

12. Los empleados del departamento de logística Porfirio y Juan Manuel fueron beneficiarios de la suma conjunta de 17.807,96 euros habiendo recibido un cheque al portador por ese importe librado contra la cuenta A, que controlaba el Sr. Felix , y que aquellos destinaron al pago parcial de sendos vehículos para su uso particular adquiridos a Leioa Motor.

13. El esposo de la secretaria del presidente de Anesvad (Daniela) Jacinto , percibió del Sr. Felix la cantidad de 7.800 euros mediante un cheque librado contra la cuenta A el 24 de diciembre de 2002.

14. El 9 de enero de 2004 Sr. Felix dispuso a favor de Alejandra , miembro del Patronato de la Fundación, de la cantidad de 60.000 euros mediante cheque bancario al portador librado contra la cuenta A, haciéndolo en concepto de préstamo sin intereses y a plazo indefinido. De esta cantidad constan devueltos 15.000 euros.

C) El acusado Sr. Felix dispuso de fondos de cuentas que **sí figuraban contabilizadas** en Anesvad, para destinarlos **a usos particulares y ajenos** a los fines propios de la Fundación. En concreto:

1) Detrajo de la cuenta abierta a nombre de Anesvad en el BBVA 0182-1300-12-0010900099 (en adelante cuenta A-1) y que sí estaba contabilizada, mediante tres cheques al portador emitidos por él mismo contra la citada cuenta, las cantidades de 16.297,26 euros (el 22 de septiembre de 2005), 227.092,11 euros (el 30 de septiembre de 2005) y 10.421,36 euros (el 1 de diciembre de 2005). Estos importes se ingresaron acto seguido en la cuenta 5 no contabilizada y posteriormente y a su cancelación pasaron a la cuenta c-2 a nombre del Consulado General de Filipinas.

2) De la cuenta abierta a nombre de Anesvad en el BSCH 0049-4800-71-2311010101 (cuenta A-2) también contabilizada, dispuso en dos cheques por importe respectivo de 1.391,12 euros y 45.307,09 euros que se hicieron efectivos el 16 de noviembre de 2005 y el 29 de noviembre de 2005, ingresándose ambas cantidades en la cuenta c-2 titularidad del Consulado de Filipinas.

Estas disposiciones de dinero, que en su conjunto suman la cantidad de 300.508,94 euros se justificaron en la contabilidad del año 2005 bajo el nombre "liquidación de proyectos finalizados", sin que realmente se llevaran a cabo. Al cierre del ejercicio 2006 se activaron los importes en el inmovilizado bajo el concepto "inversión en sellos", para justificar contablemente esas detracciones de fondos, dado que los proyectos no habían sido realizados.

D) El acusado Sr. Felix retiró fondos de las cuentas **no contabilizadas** en Anesvad, **para realizar inversiones a su nombre** , en concreto:

1) Con fecha 9 de agosto de 2004 el acusado procedió a ingresar en la cuenta c-2 titularidad del Consulado general de Filipinas la cantidad de 180.000 euros provenientes de las cuentas A y 2, que no figuraban en la contabilidad de Anesvad. Esta suma fue utilizada por el Sr. Felix para suscribir un contrato con la entidad Cocredit, el 6 de septiembre de 2004, de inversión con garantía hipotecaria (inicialmente por un año y con un



interés del 20%). Los réditos de este contrato se ingresaban en la cuenta c-2 habiendo obtenido durante los dos años y medio que duró la inversión unos rendimientos de 90.000 euros en su exclusivo beneficio, cancelándose finalmente el principal el 6 de marzo de 2007, con la devolución en metálico de su importe.

2) Con fecha 21 de junio de 2005 el acusado Felix ingresó en la cuenta del BSCH 0049-4800-76-2916139293 (cuenta O-1) abierta el 19 de abril de 2005 a nombre de la mercantil EQUICURSUS S.L, sociedad cuyo único socio y administrador era el propio Sr. Felix, la cantidad de 2.678.447,24 euros provenientes de la cuenta G-3 titularidad del acusado. Estos fondos provenían de las siguientes fuentes: 900.000 euros mediante traspaso el 12 de marzo de 2005 desde la cuenta 3 de Anesvad que no figuraba en la contabilidad de Anesvad; 868.740,11 euros el 23 de marzo de 2005 provenientes de la cuenta en dólares USA del BSCH NUM005 (cuenta G-4) a nombre del acusado; de la venta el 24 de marzo de 2005 de valores mobiliarios por importe de 909.707,13 euros. Todos los fondos provenían de la cuenta 1 y fueron retirados de la misma en diferentes momentos (1.502.530,26 euros el 22 de junio de 1999, 601.012,10 euros el 15 de enero de 2002). Estos importes fueron empleados para adquirir en el año 2005 participaciones en varios fondos de inversión y el acusado obtuvo un beneficio de 210.204,78 euros. El saldo de esta cuenta O-1 de EQUICURSUS fue restituido íntegramente al patrimonio de la fundación a finales de 2006.

E) El acusado Felix incorporó a su patrimonio personal parte de una herencia donada por Don Íñigo a la fundación Anesvad, sustrayendo de los fondos de la misma, ingresados en cuentas suizas, la cantidad de 983.605,85 euros del siguiente modo: abrió a su nombre el 18 de julio de 2006 una cuenta en Suiza Santander Private Banking NUM006 (cuenta F) a la que transfirió el 24 de octubre de 2006 y el 10 de noviembre de 2006 las cantidades de 212.742,85 euros y 400,00 euros desde la cuenta del Banco suizo UBS denominada IBAN- NUM007 y el día 9 de enero de 2007 transfirió la cantidad de 770.463 euros desde la cuenta de la entidad Credit Suisse IBAN- NUM008. El saldo depositado en la cuenta F, tras ser embargado por el Juzgado en este procedimiento se transfirió en lo que restaba (822.043,38 euros en noviembre de 2009) y se ingresó en la cuenta del BBVA 0182-6458-77-0200254194 de titularidad de Anesvad.

El total de las cantidades dispuestas ilícitamente por el acusado Sr. Felix en perjuicio de la Fundación Anesvad ha sido **evaluado pericialmente en 7.556.651,94 euros**.

De esta cantidad la Fundación Anesvad ha recuperado, en algún caso por reintegro del acusado a las cuentas de la Fundación, la cantidad de 4.293.462,40 euros.

Segundo. Actuación de Carlos Manuel y Narciso.

Los acusados Carlos Manuel, Director Financiero de la Fundación Anesvad y Narciso, Director General de la Fundación, puestos de común acuerdo y durante el periodo comprendido entre el año 2002 y el año 2006 dispusieron de forma continuada de fondos de la Fundación Anesvad y destinados a fines sociales, utilizándolos para sus fines particulares. La mecánica se concretó en dos conductas distintas:

1) En un primer momento, hasta el año 2002, y alguna operación en el año 2003, realizaron el desvío de fondos desde las cuentas bancarias contabilizadas de Anesvad (cuentas A-1 y A-2 y la del BBVA 0182-1300-14-0200902606, cuenta A-9) cobrando en efectivo cantidades de dichas cuentas ambos acusados.

El mecanismo empleado consistía en manipular los asientos contables de la fundación Anesvad, no computando en ellos parte de las aportaciones periódicas de los socios y asociados, retirando inmediatamente de las cuentas citadas un importe equivalente al del dinero ingresado, de tal modo que al no contabilizar estas cantidades el saldo contable de la cuenta coincidía en cada momento con lo realmente existente. En alguna ocasión sí contabilizaban los ingresos de dinero, pero después hacían constar inexistentes devoluciones de los recibos y se hacían igualmente con las cantidades.

Las cantidades incorporadas por el acusado Narciso a su patrimonio por este procedimiento, mediante el cobro en efectivo de cheques al portador firmados por él mismo, ascienden a 263.167,26 euros.

Las cantidades incorporadas por el acusado Carlos Manuel a su patrimonio mediante cheque o traspaso con destino a cuentas bancarias de su titularidad o controladas por él ascienden a 304.369,45 euros.

2) En un segundo momento y utilizando para ello la cuenta B (cuenta del BSCH 0049-4800-78-2710010001), opaca a la contabilidad de Anesvad desde noviembre de 2002, pero que se mantuvo activa y en la que figuraban como autorizados ante el BSCH los tres acusados, el Sr. Narciso y el Sr. Carlos Manuel procedieron a ingresar en aquella cuenta cheques que previamente sustraían del conjunto de los que la Fundación recibía habitualmente de los donantes y que se ingresaban en las cuentas de la Fundación una vez por semana. También efectuaron traspasos a esa cuenta B de cantidades provenientes de las cuentas bancarias que sí figuraban en la contabilidad de Anesvad.



A través de estos ingresos ambos acusados obtuvieron unos beneficios que se repartieron por mitad, con independencia de quién efectuara materialmente los reintegros. Cada uno de ellos incorporó a su patrimonio la cantidad de 457.275 euros.

El total de las cantidades apropiadas asciende a **720.442,26 euros** en el caso del Sr. Narciso , y a **761.644,45 euros** en el caso del Sr. Carlos Manuel .

Ambos acusados han ido reparando el perjuicio causado a Anesvad a lo largo de la causa, quedando totalmente reparado antes de la celebración del juicio respecto al Sr. Narciso . Respecto al Sr. Carlos Manuel quedan por abonar 64.369,45 euros, habiendo aportado este acusado una escritura notarial en la que se compromete a reintegrar a Anesvad tal importe en los términos convenidos con la Fundación.

Tercero. Actuación de Felix para favorecer la restitución de Narciso .

En el mes de septiembre de 2005 y una vez descubierta la actuación que acabamos de relatar respecto al Sr. Narciso y al Sr. Carlos Manuel por alguno de los empleados de la Fundación, y movido por la necesidad de evitar cualquier tipo de investigación interna o externa sobre su actuación, el acusado Sr. Felix acordó con Narciso la entrega de 319.275 euros, que fueron retirados por Felix de las cuentas no contabilizadas de la Fundación (cuenta 5, no contabilizada) para que pudiera efectuar formalmente una restitución a la Fundación de parte de los fondos ilegítimamente apropiados por aquél.

A tal efecto el acusado Sr. Felix dispuso de dos cantidades, detrayéndolas de las cuenta 5, mediante cheque al portador:

Una primera de 259.275 euros, en fecha 12 de septiembre de 2005, que el acusado Sr. Narciso ingresó directamente en la cuenta A-1 de la Fundación, en concepto de devolución parcial del dinero previamente apropiado.

La segunda, por importe de 60.000 euros, en fecha 26 de octubre de 2005, que el Sr. Felix ingresó en la cuenta BBVA NUM009 (S-1) a nombre del Sr. Narciso , cantidad que este acusado destinó a cancelar un préstamo personal que había obtenido días antes en el BBVA con la finalidad de hacer un ingreso en la cuenta A-1 de la Fundación Anesvad, contabilizada, como devolución parcial de los fondos.

Con fecha 2 de abril de 2007 el Sr. Narciso compareció ante Notario y depositó un cheque al portador por importe de 319.275 euros expedido contra la cuenta S-1 de titularidad de Narciso , indicando que era devolución de la cantidad que Felix le había prestado y señalando que debía ser retirada por el Sr. Felix o quien él designase.

Hallándose el acusado Sr. Felix en prisión, y por indicación de éste, la cantidad de 300.000 euros fue retirada el 29 de agosto de 2007 por su letrado Sr. Urza (del despacho Barrilero Asociados, RASLA S.A.P). Esta cantidad fue recibida por el letrado en concepto de honorarios profesionales, constanding una factura emitida por Barrilero y Asociados con inclusión del IVA correspondiente. El letrado Sr. Urza ha asistido jurídicamente al Sr. Felix desde mayo de 2007, haciéndolo como miembro del despacho Barrilero y Asociados hasta diciembre de 2008, y desvinculado de tal despacho a partir de esa fecha. No ha quedado acreditado si se ha practicado liquidación entre el Sr. Urza y el despacho de abogados por estos honorarios.

Una vez obtenida la libertad, el acusado Sr. Felix retiró de la Notaría la cantidad restante de 19.275 euros.

En los meses de verano de 2005 ciertos empleados de la Fundación descubrieron los hechos que afectaban a Carlos Manuel y a Narciso , lo que provocó el despido del Director Financiero y del Director General de la Fundación, pactando el Sr. Felix con ellos un despido improcedente, por lo que fueron indemnizados a cargo de la Fundación Anesvad. Ante el creciente malestar generado en los empleados de la Fundación por tales hechos, junto con las investigaciones iniciadas por la Hacienda Foral y las peticiones de datos por parte de la Policía a diversas entidades bancarias, en Septiembre de 2006 los acusados Sres. Narciso y Carlos Manuel presentaron un escrito en el Juzgado de Guardia en el que reconocían los hechos, si bien por un importe de 457.275 euros cada uno, incoándose las Diligencias Previas 2998/06.

Por este motivo, en febrero de 2007 cesó la investigación del fiscal y se presentaron ante el Juzgado de Instrucción 8 de Bilbao las Diligencias de Investigación 38/06 de la Fiscalía, que se habían iniciado en junio de 2006, por remisión de actuaciones de la Ertzaintza con relación a Felix . Las Diligencias Previas incoadas se acumularon a las 2998/06 por auto de fecha 30 de marzo de 2007".

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

"FALLAMOS: Que debemos condenar y condenamos al acusado Felix como autor responsable del delito continuado de apropiación indebida, ya definido, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación parcial del daño causado a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y con la accesoria de inhabilitación especial para



el desempeño de cualquier cargo en una institución de carácter asistencial durante el tiempo de la condena, así como le condenamos al abono de la pena de MULTA DE DOCE MESES a razón de 50 euros cada cuota-multa, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP .

Deberá indemnizar a la Fundación Anesvad en la cantidad de 3.263.189,54 euros, cantidad que devengará el interés legal previsto el art. 576 LEC .

Se le condena al abono de 1/3 parte de las costas procesales incluidas las correspondientes a la Acusación Particular.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Narciso como autor del delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con el delito de falsedad en documento mercantil, ya definido, a la pena de VEINTIUN MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y con la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de cualquier cargo en una institución de carácter asistencial durante el tiempo de la condena, así como le condenamos al abono de la pena de MULTA DE SEIS MESES a razón de 12 euros cada cuota-multa, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP .

Se le condena al abono de 1/3 parte de las costas procesales incluidas las correspondientes a la Acusación Particular.

Que debemos condenar y condenamos al acusado Carlos Manuel como autor del delito continuado de apropiación indebida en concurso medial con el delito de falsedad en documento mercantil, ya definido, a la pena de VEINTIUN MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y con la accesoria de inhabilitación especial para el desempeño de cualquier cargo en una institución de carácter asistencial durante el tiempo de la condena, así como le condenamos al abono de la pena de MULTA DE SEIS MESES a razón de 12 euros cada cuota-multa, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 CP .

Se le condena al abono de 1/3 parte de las costas procesales incluidas las correspondientes a la Acusación Particular.

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

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- La representación legal del recurrente Felix , basa su recurso en los siguientes **motivos de casación** :

I.- Al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ , por infracción del art. 24 de la CE , al haberse vulnerado los derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías, de defensa y de contradicción de partes, así como del principio acusatorio, al haberse tramitado contra D. Felix una suerte de causa general, sin que conste en el procedimiento cuáles fueron los concretos hechos que dieron lugar al inicio de la investigación. **II.-** Al amparo del art. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ , por infracción del art. 24 de la CE , al haberse vulnerado el principio de Juez ordinario predeterminado por la Ley. **III.-** Al amparo del art. 849.1 de la LECrim , por haberse infringido los arts. 252 , 295 , 130.6 , 21.7, en relación con la circunstancia 6ª del mismo precepto y con el art. 16.2 del CP . **IV.-** Al amparo del art. 849.2 de la LECrim , por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos de prueba. **V.-** Al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24 de la CE , al haberse considerado probados determinados hechos de supuesta trascendencia típica sobre los que no existe prueba alguna en las actuaciones que los avale. **VI.-** Al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24 de la CE , al haberse vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías mediante la inaplicación del principio constitucional de in dubio pro reo. **VII.-** Al amparo de los arts. 852 de la LECrim y 5.4 de la LOPJ , por vulneración del art. 24 de la CE , al no recoger en sentencia el motivo que llevó a la Sala de instancia a descartar las tesis fácticas sostenidas por la defensa del recurrente, perfectamente compatibles con la prueba obrante en autos, y a acoger las defendidas por las acusaciones, incurriendo con ello en un déficit de motivación.

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 23 de octubre de 2012, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.



Sexto.- Por providencia de fecha 12 de marzo de 2013 se declaró el recurso admitido, quedando **conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo** cuando por turno correspondiera.

Séptimo.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 10 de abril de 2013.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. - La sentencia 29/2012, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, con fecha 20 de abril de 2012, condenó, entre otros, al acusado Felix, en calidad de autor de un delito continuado de apropiación indebida, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal de reparación parcial del daño causado, a la pena de 6 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y de inhabilitación especial para el desempeño de cualquier cargo en una institución de carácter asistencial durante el tiempo de la condena, así como al abono de la pena de multa de 12 meses, a razón de 50 euros cada cuota-multa, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago prevista en el art. 53 del CP.

La representación legal del acusado formaliza siete motivos de casación y desiste del anunciado en el ordinal segundo. Procede un análisis individualizado de cada uno de los motivos de discrepancia, sin perjuicio de las inevitables remisiones con el fin de evitar la repetición innecesaria de argumentos ya abordados.

2. - El primero de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia infracción de precepto constitucional, vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías, de defensa y a los principios acusatorio y de contradicción, al haberse tramitado contra Felix "... una suerte de causa general, sin que se pueda constatar en el procedimiento cuáles fueron los concretos hechos que dieron lugar al inicio de la investigación" contra quien finalmente resultó acusado.

Razona la defensa que en el estado de derecho no tienen cabida las prospecciones generales, la indagación personal o profesional de un ciudadano. En nuestro sistema se exige una delimitación concreta de los hechos sometidos a investigación judicial, elemento que es común a cualquiera de las formas que puede iniciarse el proceso penal, querrela, denuncia o atestado policial. Además, se exige la perfecta indicación de la persona que pone en conocimiento de la autoridad los hechos denunciados, con el fin de valorar la credibilidad inicial de lo comunicado. Por si fuera poco, el art. 295 de la LECrim exige que, salvo casos de fuerza mayor, los agentes de policía no dejen transcurrir "... más de 24 horas sin dar conocimiento a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal de las diligencias que hubieran practicado".

Nada de esto -se aduce- se habría respetado en el supuesto de hecho que es objeto de nuestra atención. La denuncia inicial se interpone por una persona "... que prefería permanecer en el anonimato". La policía autonómica vasca habría estado practicando diligencias durante prácticamente 3 meses (desde mediados de marzo hasta el 19 de junio de 2006), sin informar de ello al Ministerio Fiscal ni a los Tribunales de Justicia. Con esta actuación se habrían vulnerado el principio de contradicción y el derecho de defensa. Partiendo de un inicio tan vago y carente de garantías, la causa terminó por convertirse en un verdadero análisis de once años de la vida del acusado, sin quedar constreñidos a conductas originariamente definidas. Se trata, en fin, de una verdadera causa general, que va mucho más allá de vulneraciones puramente formales del procedimiento, adentrándose de lleno en la infracción del cuadro básico de derechos fundamentales que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional.

El encomiable esfuerzo argumental del Letrado de la defensa, con el mismo rigor técnico que preside la formalización de los motivos que integran su recurso, no ha logrado, sin embargo, llevar a la Sala la convicción de que la investigación de los hechos imputados a Felix se realizó con vulneración de derechos fundamentales. Sus suspicacias acerca del significado procesal de la denuncia anónima están históricamente justificadas. La *Novísima Recopilación* (Título XXXIII, Ley VII) prohibió la investigación de los hechos denunciados anónimamente, salvo que tuvieran carácter de notoriedad. La necesidad de poner límites a la delación, está presente en la redacción de *Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872* (arts. 166 y 168) y en la *Compilación General de 1879* al descartar la denuncia anónima como vehículo idóneo para desencadenar el proceso penal.

La LECrim vigente exige como requisito formal la identificación del denunciante. Así, establece el art. 266 que « la denuncia que se hiciera por escrito deberá estar firmada por el denunciador ». La denuncia verbal exige la misma formalidad en el art. 267, lo que da pie a pensar en el propósito legislativo de evitar el anonimato del denunciante. Conforme a esa concepción, la *Real Orden Circular de 27 de enero de 1924* señalaba que « las denuncias anónimas no deben ser atendidas por las Autoridades, y menos dar lugar a actuación alguna respecto del denunciado sin previa comprobación de hechos cuando parezcan muy fundados ».



Sin embargo, la lógica prevención frente a la denuncia anónima no puede llevarnos a conclusiones contrarias al significado mismo de la fase de investigación. Se olvidaría con ello que el art. 308 de la LECrim referido al sumario ordinario, obliga a la práctica de las primeras diligencias « *inmediatamente que los Jueces de instrucción (...) tuvieren conocimiento de la perpetración de un delito* ». Es indudable que ese conocimiento puede serle proporcionado por una denuncia en la que no consta la identidad del denunciante. Cuestión distinta es que ese carácter anónimo de la denuncia refuerce el deber del Juez instructor de realizar un examen anticipado, provisional y, por tanto, en el plano puramente indiciario, de la verosimilitud de los hechos delictivos puestos en su conocimiento. Ante cualquier denuncia -sea anónima o no- el Juez instructor puede acordar su archivo inmediato si el hecho denunciado "... *no revistiere carácter de delito*" o cuando la denuncia "... *fuera manifiestamente falsa*" (art. 269 LECrim). Nuestro sistema no conoce, por tanto, un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso penal, pero sí permite, reforzadas todas las cautelas jurisdiccionales, convertir ese documento en la fuente de conocimiento que, conforme al art. 308 de la LECrim , hace posible el inicio de la fase de investigación.

Esta idea está también presente en el art. 5 del EOMF, aprobado por la ley 50/1981, 30 de diciembre . En él se precisa la capacidad del Fiscal para recibir denuncias y para decretar su archivo "... *cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna* ". Y ya en el ámbito de la actuación de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, junto a la función principal de prevención e investigación de los hechos delictivos de los que tuvieren conocimiento, el art. 11.1.h) de la LO 2/1986 , 13 de marzo, señala entre sus funciones las de "... *captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la Seguridad Pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia* ".

Todo indica, por tanto, que la información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo.

Esta idea está presente en la jurisprudencia de esta Sala. En la reciente STS 11/2011, 1 de febrero , señalábamos que "... *en cuanto a las denuncias anónimas o noticias confidenciales, hemos dicho en sentencias 1047/2007, 17 de diciembre ; 534/2009, 1 de junio ; 834/2009, 16 de julio ; 1183/2009, 1 de febrero , que en la fase preliminar de las investigaciones, la Policía utiliza múltiples fuentes de información: la colaboración ciudadana, sus propias investigaciones e, incluso, datos suministrados por colaboradores o confidentes policiales. La doctrina jurisprudencial del T.E.D.H. ha admitido la legalidad de la utilización de estas fuentes confidenciales de información, siempre que se utilicen exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo (Sentencia Kostovski, de 20 de Noviembre de 1989 , Sentencia Windisch, de 27 de Septiembre de 1990). Habría, sin embargo, que establecer una limitación adicional. En efecto no basta con excluir la utilización de la "confidencia" como prueba de cargo, para garantizar una adecuada tutela de los derechos fundamentales. Es necesario excluirla también como indicio directo y único para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Ha de recordarse que la confidencia puede ocultar un ánimo de venganza, autoexculpación, beneficio personal, etc., así como el antiguo brocardo de que "quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa". Es por ello por lo que la mera referencia a informaciones "confidenciales" no puede servir de fundamento único a una solicitud de medidas limitadoras de derechos fundamentales (entradas y registros, intervenciones telefónicas, detenciones, etc.), y, en consecuencia, a decisiones judiciales que adoptan dichas medidas, salvo supuestos excepcionalísimos de estado de necesidad (peligro inminente y grave para la vida de una persona secuestrada, por ejemplo). La supuesta información debe dar lugar a gestiones policiales para comprobar su veracidad, y sólo si se confirma por otros medios menos dudosos, pueden entonces solicitarse las referidas medidas* ".

En la misma línea, la STS 1335/2001, 19 de julio , razonaba en los siguientes términos: "... *aduce el motivo, resumidamente, que la Ley Procesal Criminal no contempla la posibilidad de que el procedimiento judicial se ponga en marcha a partir de un anónimo, sino que, por el contrario, la denuncia que se regula en los arts. 266 , 267 y 268 requiere la identificación del denunciante y solo una denuncia formulada conforme a las exigencias formales legalmente establecidas puede servir a los efectos propios de la misma, subrayando que las anónimas «... no pueden producir los efectos de las denuncias, pero, además, no pueden ni siquiera tomarse en consideración para que el Juez de Instrucción incoe de oficio el procedimiento preliminar judicial»*. De todo lo cual, concluye reiterando la nulidad de todo lo actuado que ya había postulado en la instancia.



La Sala de casación no comparte la opinión del recurrente porque consideramos --en línea con la que entendemos doctrina científica mayoritaria-- que la cualidad de anónima de una denuncia no impide automática y radicalmente la investigación de los hechos de que en ella se da cuenta, por más que la denuncia anónima (técnicamente «delación», sinónimo de «acusar», que puede definirse como «el hecho de revelar a la autoridad judicial, o demás autoridades y funcionarios competentes la perpetración de un delito, designando al autor o culpable, pero sin identificarse el denunciador, cuya identidad se esconde en el anonimato») deba ser contemplada con recelo y desconfianza. Sin embargo, al no proscribirla expresamente la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede decretarse a limine su rechazo por principio, máxime teniendo en cuenta la multitud de hechos delictivos de que las autoridades policiales y judiciales son informadas de esta forma por quienes a causa de un temor razonable de represalias en ocasiones notoriamente feroces y crueles, prefieren preservar su identidad, de lo cual la experiencia cotidiana nos ofrece abundantes muestras. En tales casos, el Juez debe actuar con gran prudencia, y no puede ni debe actuar con ligereza en la admisión o en el rechazo de la denuncia anónima. Pero si ésta aparenta credibilidad y verosimilitud, debe inicialmente inquirir, con todos los medios a su alcance, en la comprobación, prima facie, de la exactitud de su contenido, y si ello fuera afirmativo, puede proceder desde luego por sí mismo, de oficio, si el delito fuere público, sin necesidad de la intervención del denunciante y sin ningún otro requisito.

Adviértase, por otra parte, que el art. 269 LECrim únicamente prevé el rechazo de la denuncia cuando ésta fuese «manifiestamente falsa», esto es, cuando los hechos denunciados carezcan plena y absolutamente de verosimilitud, y también cuando éstos no revistieren caracteres de delito, de suerte que si no concurre ninguna de estas dos circunstancias, el Juez deberá proceder a cumplimentar al mandato legal que en el mismo precepto le exige «la comprobación del hecho denunciado».

Así ha venido interpretándolo la doctrina jurisprudencial de esta Sala, avalando la legalidad de los procedimientos penales que tienen su origen en una denuncia anónima formulada ante las autoridades policiales o judiciales mencionadas en el art. 264 LECrim. Así, y de entre numerosos precedentes, podemos citar, a mero título de ejemplo, la STS 1881/2000, 7 de diciembre que, de manera sintética, pero sumamente clara, ratifica el pronunciamiento de la sentencia aquí recurrida al afirmar que «... una denuncia anónima, sin perjuicio de que pueda servir de base lícita para iniciar las investigaciones necesarias para constatar la eventual veracidad de lo denunciado, no puede tener, por su propia naturaleza, efectividad alguna como prueba de cargo».

Del mismo modo, la sentencia de esta Sala de 253/2000, 24 Febrero, respalda la legalidad del proceso penal incoado por el Juez de Instrucción a partir de un atestado policial iniciado por una denuncia anónima, argumentando dicha resolución que «el anonimato de una denuncia verosímil --sea verbal o escrita-- no exime su comprobación por el funcionario policial [nosotros añadimos, o judicial, a tenor del citado art. 269 LECrim.] que la reciba».

Y también se ha pronunciado esta Sala en relación a las denuncias anónimas recibidas directamente por la Autoridad judicial y que motivan el inicio del procedimiento judicial. Ad exemplum, valga citar la STS 11 Oct. 1994 que sostiene la intrascendencia «... de haber llegado la noticia criminis al instructor --obligado a actuar incluso de oficio-- a través de una denuncia anónima...», pues, «... nada de lo citado constituyen nulidades o faltas procesales capaces de anular el proceso o viciar la prueba».

En suma, si el Juez de Instrucción no entendió inverosímil los hechos denunciados, ni excluyó que los mismos carecieran de tipificación penal, su decisión de iniciar las Diligencias Previas no cabe reputarla de «actuación judicial clandestina e ilícita» como infundadamente la califica el recurrente y generadora de la nulidad radical del proceso que se postula, y ello por más que se prescinda del exacerbado formalismo en el que el motivo se refugia.

La propia Fiscalía General del Estado, en su Instrucción núm. 3/1993, 16 de marzo, tras recomendar a los Fiscales la indispensable prudencia concluía que "... la ponderación de la conveniencia de iniciar una fase de investigación preparatoria con origen en una denuncia anónima transmisora de una noticia delictiva, habrá de calibrar, fundamentalmente, el alcance del hecho denunciado, su intensidad ofensiva para un determinado bien jurídico, la proporcionalidad y conveniencia de una investigación por hechos cuyo relator prefiere ampararse en el ocultismo y, en fin, la legitimidad con la que se pretenden respaldar las imputaciones delictivas innominadas".

B) Por lo que se refiere al retraso de la policía autonómica en poner en conocimiento del Fiscal o del Juez instructor la investigación de los hechos, obligada resulta la cita del art. 284 de la LECrim. En él se impone la obligación de los funcionarios de policía judicial, desde que tuvieren conocimiento de un delito público o fueron requeridos para prevenir la instrucción de diligencias por razón de algún delito, de participarlo a la autoridad judicial o al Fiscal, pero ello siempre que "... pudieran hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención". Es evidente que el legislador ha querido excluir de forma expresa un modelo de investigación penal ajeno al control por el Fiscal o la autoridad judicial. La indagación de un hecho que reviste apariencia



delictiva supone, en la mayor parte de los casos, adentrarse en la parcela de exclusión que todo ciudadano quiere preservar frente a los poderes públicos, de ahí la prevención del legislador. Pero también tiene toda la lógica que cuando se trata de una denuncia anónima sobre la comisión de un hecho delictivo, la existencia de un período de tiempo encaminado a acreditar que los hechos que se han puesto en conocimiento de los agentes justifican la incoación de una investigación preliminar, introduce una matización a lo que parece derivarse de una interpretación microliteral de aquel precepto.

A ello se refiere la STS 253/2000, 24 de febrero : *"el anonimato de una denuncia verosímil --sea verbal o sea escrita-- no exime su comprobación por el funcionario policial que la reciba, con las cautelas necesarias para evitar actuaciones infundadas. En este caso la Guardia Civil dejó constancia escrita mediante diligencia de la denuncia telefónica recibida, y prudentemente hizo averiguaciones en su deber de investigación criminal antes de abordar a los hoy acusados.- 2) Es evidente que ni tenía que poner en conocimiento de los denunciados desde el principio la investigación policial, ni tampoco había de comunicar de manera inmediata la recepción de la denuncia a la autoridad judicial: lo primero porque la puesta en conocimiento que el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece está referida, dentro del ámbito del derecho de defensa y asistencia jurídica, al procedimiento judicial, no a las actuaciones de investigación policial que integran el atestado previo a la incoación de aquél. Y lo segundo porque lo que exige el artículo 284 es la comunicación inmediata por la Policía a la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal del «conocimiento» de un delito y esto además con la condición de que pudieren hacerlo sin cesar en la práctica de las diligencias de prevención. Se evidencia así la necesidad de evitar la precipitada comunicación de las denuncias recibidas, cuando por el anonimato o por su vaguedad, lo comunicado aún siendo suficiente para iniciar una investigación en sede policial dirigida a comprobar la información recibida, no lo sea para proceder sin más a trasladar su recepción a la autoridad judicial. La Policía puede y debe primero, dentro de lo posible, comprobar en tales casos la seriedad de la denuncia o su posible falsedad (art. 269 LECr .), sin limitarse a actuar mecánicamente como transmisor o correo de cualquier denuncia recibida".*

La Sala, en definitiva, no aprecia la vulneración denunciada. En palabras del Fiscal, no cabe apreciar el quebranto del derecho a un proceso debido, pues la investigación policial, iniciada a raíz de una denuncia anónima, no genera, como se postula, la nulidad del proceso, siendo significativo que no se concrete por el recurrente en qué medida se le ocasionó indefensión, puesto que tuvo la oportunidad de intervenir en el procedimiento penal instruido como consecuencia de la investigación policial, alegando y probando sus propias pretensiones, y de someter a contradicción las pruebas presentadas por la acusación.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

3. - El tercero de los motivos se formaliza al amparo del art. 849.1 de la LECrim , denunciando infracción de ley, indebida aplicación de los arts. 252 , 295 , 130.6 , 21.7, en relación con la circunstancia 6ª del mismo precepto y 16.2 del CP .

La lectura del motivo pone de manifiesto que, bajo un mismo epígrafe, se abordan hasta cinco submotivos que serían expresivos de diversas infracciones legales, todas ellas, relacionadas de uno u otro modo entre sí.

A) Se sostiene la indebida aplicación del art. 252, en su modalidad de administración desleal, prevista en el art. 295 del CP . La sentencia cuestionada -se razona- condena por un delito de apropiación indebida del art. 252 del CP , en su modalidad de administración desleal, por distracción de fondos. Tal subsunción habría implicado también una vulneración del principio acusatorio, en la medida en que si el delito de apropiación indebida encierra dos modalidades típicas, la apropiación y la distracción y la segunda de ellas no deja de constituir un delito de administración desleal del art. 295 del CP , resultará obvio que para condenar por el delito de apropiación indebida en la segunda de las modalidades enumeradas, deberá haberse formulado acusación simultáneamente por ambos delitos, puesto que sólo así podrá ejercitarse durante el acto de la vista oral el derecho de defensa frente a esta última modalidad delictiva.

La Sala no puede acoger la idea que inspira el motivo.

Tiene razón la defensa cuando se niega a circunscribir el objeto del proceso a un hecho absolutamente desligado de su traducción jurídica. En la delimitación de ese objeto la dimensión jurídica del factum, de una u otra forma, se integra también en el debate entre las partes. Recientemente el Tribunal Constitucional ha recordado que, entre las garantías que incluye el principio acusatorio -cfr. STC 42/2013, 25 de febrero -, se encuentra la de que «nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse»; y ha precisado a este respecto que por «cosa» no puede entenderse únicamente «un concreto devenir de acontecimientos, un factum», sino también «la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos, sino también sobre la calificación jurídica» (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo , FJ 6).



Sin embargo, esa perspectiva, que resulta obligada para la vigencia del derecho a un proceso con todas las garantías, no puede hacernos perder de vista que el hecho por el que fue acusado Felix y su calificación jurídica como delito de apropiación indebida -en su modalidad de distracción de fondos- fueron el objeto del debate. El Ministerio Fiscal y la acusación particular habían formalizado acusación por un delito del art. 252 del CP y sobre el sustrato fáctico ofrecido por las acusaciones y esa subsunción jurídica, giró el debate entre las partes que dio vida al plenario. Ninguna lesión del principio de contradicción y del derecho de defensa puede ahora reivindicarse. En nuestra STS 362/2008, 13 de junio, nos hacíamos eco de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional -de la que las SSTC 122/2000, 16 de mayo y 53/1987, 7 de mayo, son fieles exponentes-, sobre el principio acusatorio, en la exigible correlación entre acusación y sentencia. Allí se explica que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de «contestación» o rechazo de la acusación. Permite en el proceso penal la posibilidad de la contradicción, vale decir la confrontación dialéctica entre las partes. Conocer los argumentos del adversario hace viable manifestar ante el Juez los propios, indicando los elementos de hecho y de Derecho que constituyen su base, así como, en definitiva, una actuación plena en el proceso. Así pues, «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia» (SSTC 11/1992, F. 3 ; 95/1995, F. 2 ; 36/1996, F. 4), vinculando al juzgador e impidiéndole exceder los términos en que venga formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no hayan sido objeto de consideración en la misma ni sobre las cuales por lo tanto, el acusado haya tenido ocasión de defenderse» (SSTC 205/1989, F. 2 ; 161/1994, y 95/1995, F. 2). Sin embargo la correlación de la condena con la acusación no puede llevarse al punto que impida al juzgador el modificar la calificación de los hechos en tela de juicio con los mismos elementos que han sido o hayan podido ser objeto de debate contradictorio.

En el presente caso, ni siquiera existió una calificación jurídica homogénea traída a colación por el Tribunal a *quo* frente al juicio de subsunción ofrecido por las partes. Se acusó de un delito de apropiación indebida del art. 252 del CP y se condenó por un delito de apropiación indebida del art. 252 del CP. La tesis de la defensa, referida al hecho de que para excluir la indefensión es indispensable que también se formalice acusación por el delito societario del art. 295 del CP, desborda el contenido del principio acusatorio. Incluso la línea jurisprudencial que se cita en apoyo de la impugnación, si bien se mira, ofrece argumentos añadidos para descartar el quebranto del principio acusatorio. En efecto, la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo que la relación entre los delitos de apropiación indebida (art. 252) y administración desleal (art. 295), se explica a partir de un concurso normativo entre ambos preceptos. Debe tenerse en cuenta -decíamos en nuestra sentencia 1217/2004 de 22 de enero - que el antiguo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce substancialmente, con algunas adiciones aclaratorias el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada, a la que tenía en el CP. 1973. En efecto, el art. 295 del CP ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252, y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este concurso de normas, se ha de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4 CP, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (SSTS. 2213/2001, 27 de noviembre ; 867/2002, 29 de septiembre ; 1835/2002, 7 de noviembre y STS 37/2006, 25 de enero),

Es cierto que esta línea jurisprudencial no está exenta de matices que han sido abordados en algunos de los pronunciamientos más recientes (cfr. SSTS 91/2013, 1 de febrero ; 462/2009, 12 de mayo ; 565/2007, 4 de junio y 841/2006, 17 de julio, entre otras). Pero en el caso que nos ocupa, aceptando la interpretación jurisprudencial basada en el concurso normativo entre los arts. 252 y 295 del CP, a resolver por la solución ofrecida por el art. 8.4 del CP, es evidente que ninguna indefensión se genera cuando en las conclusiones definitivas se sostiene la comisión de un delito de apropiación indebida, en su modalidad de administración desleal (art. 252 CP) y el juicio de subsunción definitivo opta, precisamente, por el precepto al que, según esta Sala, ha de otorgarse preferencia aplicativa al prever una pena mayor (art. 252 CP).

B) Añade la defensa a su queja que, tratándose de un delito societario, sancionado con la pena del delito de apropiación indebida en base al principio de alternatividad previsto para la resolución de concursos de leyes en el art. 8.4 del CP, debió contarse para dictar dicha condena con la preceptiva interposición de denuncia del perjudicado u ofendido, no constando en autos la existencia de la misma. La aplicación del art. 8.4 del CP



-se alega- no altera la naturaleza jurídica de los hechos sancionados. Responde únicamente a un criterio de proporcionalidad de la pena: estaremos aplicando la sanción prevista para el delito de apropiación indebida a un delito de administración desleal para evitar agravios comparativos desde el punto de vista de la punición.

Tal línea argumental no es viable.

Bastaría para la desestimación del motivo recordar que el delito por el que se ha formulado condena es el delito de apropiación indebida del art. 252 del CP y entre las *disposiciones comunes* a que se refiere el capítulo X, del título XIII, del libro II del CP, no se incluye la exigencia de denuncia (art. 268). Los concursos de normas a que se refiere el art. 8 del CP, una vez resueltos a favor de uno de los preceptos que convergen en la definición del concurso -en este caso, el art. 252 del CP- no pueden resucitar su dualidad valorativa originaria para analizar si se han colmado los presupuestos de perseguibilidad asociados a cada una de las figuras penales. La exigencia de denuncia es propia del art. 295. Excluida su aplicación a favor del art. 252, ese requisito procesal deja de tener vigencia.

Partiendo de esta idea básica, que excluye la necesidad de denuncia para condenar por un delito de apropiación indebida, el razonamiento del recurrente acerca de supuestas infracciones legales (art. 35.3 de la Ley 50/2002, 26 de diciembre y 36.e) de la Ley 12/1994, 17 de junio, del Parlamento Vasco sobre Fundaciones), carece de trascendencia.

Al margen de ello, tiene razón el Fiscal cuando recuerda -en línea con lo proclamado por la sentencia recurrida- que al administrador judicial le corresponden los mismos derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador preexistente. Así lo establece el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que al regular el contenido del cargo de administrador, dispone que "*... cuando sustituya a los administradores preexistentes y no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos*". Y ya la sentencia recurrida, al resolver la cuestión previa suscitada por la defensa sobre este tema, expuso que el propio auto de administración judicial otorgó a los administradores las facultades previstas en los estatutos de la fundación y entre las facultades del patronato estaba cualquier gestión relacionada con la representación de ANESVAD, que puede realizar su presidente por delegación, expresándose entre las funciones de éste la de actuar en cualquier tipo de procedimiento, recursos, acciones o excepciones. También precisan los Jueces de instancia que desde el punto de vista procesal, la personación de ANESVAD, por decisión de los administradores designados por el Protectorado del Gobierno, fue admitida por resolución del Juzgado de instrucción y notificada a la parte ahora recurrente, que se aquietó a ella al no haber entablado recurso alguno.

C) El error en el juicio de subsunción en el que habría incurrido la Audiencia, se derivaría del hecho de que no se dan, en los presupuestos fácticos acreditados por la propia sentencia, las premisas típicas necesarias para poder aplicar el art. 252 del CP.

La resolución impugnada -se alega- debería haber determinado de manera expresa la concurrencia de un verdadero acto de desviación -distracción- patrimonial de los fondos recibidos a fines ajenos a la propia fundación, así como la concurrencia en el acusado de un verdadero ánimo de distracción definitiva sobre los mismos. Ni lo uno ni lo otro resultan expresamente recogidos como hecho probado, de modo especial si los interpretamos integrándolos con el párrafo contenido en el apartado 2 del FJ 4º. En éste puede leerse lo siguiente: "*... pues bien, en nuestra opinión lo relevante no es si el Sr. Felix gestionó adecuadamente o no este dinero. No entramos a valorar si los empleados merecían o no las gratificaciones que se les dieron, ni valoramos si es correcto que una empresa conceda créditos a interés bajo o sin interés a sus empleados, ni valoramos si es adecuado, o si es una práctica habitual, que en empresas o fundaciones se destine parte del dinero ingresado para inversiones y obtención de un mayor rendimiento. Lo que no es admisible es que todo ello se realice de espaldas a la Fundación, que no haya constancia alguna de estos movimientos en la contabilidad de Anesvad, que por lo tanto fuera sólo el Sr. Felix quien controlara y gestionara estas cantidades, sin dar cuenta alguna al Patronato de la Fundación, y sin control alguno. Lo que es ilícito, en definitiva, es que se destinen ingresos provenientes de donativos a fines distintos a los previstos por su naturaleza, sin control alguno por parte de la entidad a la que pertenecen y a cuyos fines sociales están encomendados. Y esto es lo realizado por el acusado en los años que son objeto de análisis en este procedimiento y en las cantidades que superan los siete millones de euros que se hacen constar en el relato fáctico*".

Considera la defensa que esa afirmación sobre la ilicitud de gastos realizados para fines distintos de los previstos, no es sostenible jurídicamente, pues el art. 27 de la Ley de Fundaciones 50/2002, 26 de diciembre, precisa que "*... a la realización de los fines fundacionales deberá ser destinado, al menos, el 70% de los resultados de las explotaciones económicas que se desarrollen y de los ingresos que se obtengan por cualquier otro concepto, deducidos los gastos realizados, para la obtención de tales resultados o ingresos, debiendo destinar el resto a incrementar, bien la dotación o bien las reservas, según el acuerdo del patronato. Los gastos realizados*



para la obtención de tales ingresos podrán estar integrados, en su caso, por la parte proporcional de los gastos, por servicios exteriores de los gastos de personal, de otros gastos de gestión, de los gastos financieros, y de los tributos, en cuanto que contribuyan a la obtención de los ingresos, excluyendo de este cálculo los gastos realizados para el cumplimiento de los fines estatutarios".

A la vista de esa normativa, se pregunta la defensa, si el destino dado a esos fondos -gastos de estructura- aparece expresamente previsto en la legislación de fundaciones y en este caso no se han superado los límites de dicha normativa, ¿ cómo puede definirse el destino de las cantidades a los mismos como actos de *distracción* penalmente relevantes? Siguiendo la argumentación de la sentencia recurrida, los fondos fueron destinados a fines directamente relacionados con los costes estructurales de la fundación y, por tanto, no constituirían *distracción* alguna, sino aplicación a fines propiamente reconocidos por la legislación de fundaciones. Además, el tiempo de aplicación de los fondos a proyectos concretos -de entre cuatro y cinco años- puede hacer aconsejable a cualquier gestor responsable intentar efectuar inversiones medianamente rentables para conseguir incrementar esos fondos en beneficio del fin último para el que fueron entregados.

Tal razonamiento no puede ser aceptado por la Sala.

La lectura del juicio histórico pone de manifiesto la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos que dan vida al delito castigado en el art. 252 del CP . Es cierto que esta Sala ha admitido la integración del hecho probado con pasajes de la fundamentación jurídica cuando éstos tengan un marcado sabor fáctico (cfr. por todas, STS 339/2010, 9 de abril y 945/2004 de 23 de julio). Pero el párrafo que el recurrente pretende integrar en el juicio histórico, pese a lo que sostiene el motivo, no es un pasaje marcadamente fáctico. Antes al contrario, tiene una naturaleza argumental, que sólo busca dar respuesta a una de las líneas de defensa del acusado. Así lo destaca con acierto el Fiscal en su informe cuando señala que el Tribunal, al razonar en los términos en que lo hace, no está admitiendo, como se alega en el recurso, que todo se debiera a una mala gestión, sino que distrajo fondos de la fundación en beneficio propio o de un tercero, esto es, ajenos a los fines propios de la fundación, ocasionando un relevante perjuicio económico a la entidad a la que representaba, a la que se privó de poder destinar esos fondos a sus fines sociales benéficos; fondos que procedían del ingreso de donativos en cuentas desconocidas para la fundación, lo que facilitó su disposición fraudulenta.

La tesis defensiva parece sugerir que, respetando el tope cuantitativo exigido por el art. 27 la Ley de Fundaciones (Ley 50/2002, 26 de diciembre) y mientras transcurre el tiempo para la definición y elaboración de los proyectos benéficos propios del fin fundacional, su principal gestor tiene absoluta libertad para realizar las inversiones que considere oportunas, sin dar cuenta a los órganos rectores de la fundación y, lo que es decisivo, obteniendo un relevante beneficio económico, para él mismo y para terceras personas.

La trascendencia típica de los hechos descritos en el factum no queda neutralizada, desde luego, por una argumentación del Tribunal de instancia -que, por cierto, esta Sala suscribe en su integridad- referida a los límites de lo que por *buena gestión* deba entenderse o a la posible ilicitud de aplicar ingresos a fines distintos de los previstos por su naturaleza, sin una referencia formal a los gastos estructurales autorizados por la Ley de Fundaciones. Es más, aun cuando incorporáramos al factum en su integridad el pasaje al que se refiere el recurrente, no quedaría en modo alguno debilitada la concurrencia de los presupuestos fácticos que justifican la subsunción verificada en la instancia.

El examen del hecho probado revela la existencia de varias cuentas opacas manejadas con absoluta libertad por el acusado y, por tanto, sustraídas a toda fórmula posible de control por los órganos rectores. La característica común de las cuentas, que coexistían con otras que sí eran formalmente contabilizadas, era "... *su carácter opaco a la contabilidad de la Fundación y el nexo de unión de todas ellas era Felix , presidente de Anesvad, que aparecía autorizado en todas las cuentas citadas y las gestionó durante la vida de las mismas*". Describe también las disposiciones de fondos efectuadas por el recurrente, hasta alcanzar un total de 7.556.651,94 euros, cantidades dispuestas ilícitamente por el acusado en perjuicio de ANESVAD. La sentencia de instancia llega a sistematizar todas las operaciones efectuadas, distinguiendo entre: a) aquellas cantidades dispuestas para fines distintos de los que eran propios de la fundación; b) transferencias para fines propios o de terceros -con inclusión de la adquisición de una vivienda habitual para Felix en la CALLE000 NUM000 de Bilbao, la concesión de préstamos a amigos personales o empleados de ANESVAD o la compra de un vehículo para la sobrina del acusado-; c) movimientos para la realización de inversiones en beneficio del propio acusado -así, por ejemplo, por el contrato suscrito con la entidad *Cocredit* el 6 de septiembre de 2004, con la fórmula de inversión con garantía hipotecaria, por término de un año y un interés del 20%, llegó a obtener unos rendimientos de 90.000 euros en su exclusivo beneficio-; d) disposiciones para usos particulares y ajenos a los fines propios de la fundación, en este caso, reflejadas en cuentas que sí figuraban contabilizadas en ANESVAD; y e) ingresos en su propio patrimonio personal de los fondos procedentes de una herencia donada a la fundación ANESVAD.



Se hace difícil, a la vista de la minuciosa descripción de esos movimientos y transferencias dinerarios, cuestionar la corrección del juicio de tipicidad proclamado por la Audiencia. En esos actos dispositivos expresivos de una gestión desleal que alcanzó significado delictivo, se mezclan actos ejecutados en beneficio propio, actos que tuvieron por beneficiarios a terceras personas y, en fin, actos contrarios a los fines propios de la fundación. En eso consiste el delito de apropiación indebida del art. 252, en su modalidad de administración desleal, y por este tipo delictivo ha sido condenado el recurrente.

D) El motivo que estamos analizando incluye en su ámbito impugnativo el hecho de que la sentencia de instancia no haya atribuido efectos al transcurso del tiempo, infringiendo así el art. 130.6 del CP o, alternativamente, la atenuante de dilaciones indebida del art. 21.7, en relación con el art. 21.6 del CP .

a) En relación con la posible prescripción de los hechos, argumenta la defensa que el hecho más antiguo de los imputados resulta ser de febrero de 1996, habiendo sido juzgados los mismos en el año 2012. De ahí que se interese la prescripción de aquellos comportamientos que acaecieron más allá de los diez años de prescripción asignados en el art. 130.6 del CP .

La queja no puede prosperar.

Tratándose de delitos continuados, el art. 132 de la LECrim establece que los términos de la prescripción "... se computarán (...) desde el día en que se realizó la última infracción". Conforme a este precepto, la Sala ha declarado de forma reiterada que la prescripción ha de tomar como referencia la última de las acciones que integran el *continuum*. Así lo hemos dicho, en numerosas resoluciones, apuntando que, como en todos los delitos de tracto sucesivo, la prescripción se inicia a partir de la última infracción (cfr. SSTS 896/2008, 12 de diciembre ; 667/2008, 5 de noviembre y 570/2008, 30 de septiembre , entre otras muchas). En el presente caso, consta que la última de las infracciones fue cometida el 9 de enero de 2007, cuando realizó la última transferencia a una cuenta de los fondos apropiados de la herencia donada a la fundación ANESVAD.

La defensa trata de eludir el peso de esa jurisprudencia ofreciendo otra perspectiva. A su juicio, el Juez instructor y los peritos por él designados deberían haber autolimitado su capacidad para investigar hechos pasados que se situaban más allá del período ordinario de prescripción. Al hacerlo, se adentraron en una prospección *a ciegas*, general, ajena a los principios que legitiman el ejercicio de la función jurisdiccional.

No tiene razón el Letrado de Felix . La admisión de su argumento obligaría a desnaturalizar el significado mismo de la fase de investigación en el proceso penal. Es indudable que nuestro sistema excluye las investigaciones puramente prospectivas. Pero también lo es que el objeto del proceso no responde a una imagen fija. Antes al contrario, se trata de un hecho de cristalización progresiva, con una delimitación objetiva y subjetiva que se verifica de forma paulatina, en función del resultado de las diligencias. Esta idea la expresa con absoluta claridad, en el ámbito de la fase de investigación, el art. 299 de la LECrim , cuando recuerda que durante esa etapa del proceso se practican las actuaciones encaminadas a "... averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos". Ninguna vulneración de derechos constitucionales puede asociarse a una actuación jurisdiccional que entronca con la esencia misma del proceso penal. Exigir a los peritos -incluso, al propio Juez de instrucción- que antes de que los hechos hayan sido delimitados hasta conformar la dimensión objetiva del proceso, fijen de forma anticipada fronteras cronológicas de exclusión en las tareas de investigación, supone subvertir el espacio funcional de aquéllos y la naturaleza misma de la fase de investigación. Lo que se trataba de indagar a raíz de la denuncia inicialmente formulada no era otra cosa que los desleales actos dispositivos efectuados por el acusado en provecho propio o de terceros y en perjuicio de la fundación ANESVAD. Todos esos hechos estaban inspirados por un mismo designio y habían sido ejecutados aprovechando las facultades de representación que aquél ostentaba. La investigación, claro es, no podía interrumpirse en función del precipitado cálculo que los peritos o el Juez instructor pudieran hacer del instituto de la prescripción. Fuera de supuestos especiales en los que el efecto prescriptivo se evidencie con absoluta nitidez, en la mayoría de los casos su concurrencia exigirá la ponderación de una serie de presupuestos y elementos que no siempre se ofrecen con la debida claridad durante la investigación.

En consecuencia, no ha existido una indebida aplicación del instituto de la prescripción.

b) La misma suerte desestimatoria ha de correr la alegación referida a una posible aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas. No basta para su estimación el argumento de que el primero de los hechos se cometió en el año 1996 y que ha sido enjuiciados en 2012 y, por tanto, han transcurrido más de 16 años.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no puede identificarse con el derecho a ser descubierto con prontitud. Es cierto que el transcurso del plazo de 16 años, sin más matices, puede parecer alejado de un ideal constitucional. Sin embargo, conviene no olvidar que el fundamento material de la atenuante cuya aplicación



reivindica el recurrente no puede vincularse al mero transcurso del tiempo. La referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla, sin más, la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, corremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud. Y así lo hemos entendido en recientes pronunciamientos de esta misma Sala (cfr. SSTS 106/2009, 4 de febrero y 553/2008, 18 de septiembre).

4. - El cuarto motivo, con cita del art. 849.2 de la LECrim denuncia infracción de ley, error de hecho en la apreciación de la prueba, derivado de documentos que obran en la causa y que demostrarían la equivocación del juzgador. Con su formalización, el recurrente pretende una rectificación de los hechos probados, con fundamento en los documentos que designa como expresivos del error valorativo, y que permita un nuevo juicio de subsunción.

Conviene recordar, sin embargo, que la doctrina de esta Sala -de la que las SSTS 1238/2009, 11 de diciembre, 936/2006, 10 de octubre y 778/2007, 9 de octubre, son elocuentes ejemplos-, viene exigiendo para su prosperabilidad la concurrencia de los siguientes elementos: a) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; b) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; c) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal (art. 741 LECrim); d) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo; e) asimismo han de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares en los que se deduzca inequívocamente el error padecido y proponerse por el recurrente una nueva redacción del *factum* derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del *factum* que no es un fin en sí mismo sino un hecho para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

A) La defensa discrepa de la conclusión probatoria proclamada en el punto 2 del apartado D del juicio histórico. Se trata de las operaciones de inversión realizadas en las cuentas denominadas G-1, G-3 y G-4, su transferencia a la mercantil *Equicursus S.L* y la falta de mención de que la totalidad de los fondos manejados en esas cuentas fueron transferidos a cuentas de ANESVAD con fecha 5 de enero de 2.007, esto es, meses antes de iniciarse las actuaciones penales. La realidad de esa transferencia estaría acreditada por el informe emitido con fecha 10 de abril de 2007 por el SEPBLAC, órgano estatal que tiene como encomienda la prevención del blanqueo de capitales y el informe pericial del economista Jesús María, que demuestran la realidad de esa transferencia.

Sin embargo, ninguno de esos documentos neutraliza el sostén probatorio del relato fáctico que se pretende rectificar. En la propuesta alternativa sugerida por la defensa -como destaca el Fiscal- se omite toda referencia al origen de esos fondos. Además, el hecho de la restitución está admitido en el último inciso de ese mismo apartado por el Tribunal *a quo*. Se prescinde, en fin, de que esos fondos ingresados lo eran a favor de una cuenta cuya titularidad correspondía a la sociedad *Equicursus S.L*, de la que era administrador único el propio acusado y de que esas transferencias tenían origen en otras cuentas opacas titularidad de Felix y sustraídas a todo control por parte de ANESVAD.

B) También se propone una modificación del apartado B del hecho probado 2, con el fin de reflejar que de las cuentas G-1, G-3 y G-4 no se produjo extracción alguna durante los años que tuvieron existencia a favor del acusado. Ello demostraría que esos fondos permanecieron inalterables, precisamente por su naturaleza transitoria de reinversión hasta que, transcurrido el plazo fijado en la normativa correspondiente se exigiera su aplicación a proyectos fundacionales.

Se respalda esa rectificación con el informe suscrito por el perito de la defensa.

Sin embargo, la Sala no aprecia el error valorativo que le atribuye el recurrente. De entrada, es más que discutible que incluyendo en el *factum* la ausencia de un acto efectivo de disposición respecto de cantidades controladas a través de cuentas corrientes no mencionadas en la contabilidad de ANESVAD, titularidad del acusado, se desmorone el juicio de tipicidad. Pero aun admitiendo a efectos dialécticos el argumento de la defensa, se olvida que frente al informe pericial en el que se pretende apoyar el supuesto error de hecho, el Tribunal *a quo* contó con la prueba pericial ofrecida por el perito designado por el Juez de instrucción como actuario, que llevó a cabo diversos análisis e investigaciones financieras, que ratificó en el juicio oral y con los dos peritos



designados por el Juzgado de instrucción -Bouso y Larrucea-, que también ratificaron sus conclusiones en el plenario. Estamos, pues, en presencia de una pluralidad de informes periciales que han sido valorados de forma coherente por la Audiencia. Desaparece así el presupuesto exigido por la jurisprudencia cuando el documento mediante el que se sostiene el error de valoración es un informe pericial. No estamos ante un problema de equivocación valorativa, sino de valoración probatoria.

En la SSTS 370/2010, 29 de abril, decíamos que esta Sala solo excepcionalmente ha admitido la virtualidad de la prueba pericial como fundamentación de la pretensión de modificación del apartado fáctico de una sentencia, impugnada en casación, en supuestos como: a) existiendo un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, el Tribunal haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de forma que se altere relevantemente su sentido originario; b) cuando contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar las razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable (SSTS 182/2000, 8 de febrero ; 1224/2000, 8 de julio ; 1572/2000, 17 de octubre ; 1729/2003, 24 de diciembre ; 299/2004, 4 de marzo y 417/2004, 29 de marzo , entre otras).

C) Respecto del dinero empleado para la adquisición de la vivienda sita en la CALLE000 núm. NUM000 de Bilbao, considera el recurrente que la sentencia de instancia no menciona que -según se desprende de los documentos obrantes a los folios 3.601 a 3.615-, meses después de dicha compra, Felix procedió a otorgar escritura pública de donación a favor de la fundación ANESVAD, la cual comprendía un inmueble de la CALLE001 núm. NUM010 de Bilbao de equivalente valor -más de 140 metros cuadrados y correspondiente anexo de su titularidad-, ambos libres de cargas.

Tampoco ahora procede la rectificación del hecho probado, toda vez que los documentos mediante los que se respalda el supuesto error valorativo -que, por cierto, están designados sin precisar qué parte de su contenido estaría en contradicción con el juicio histórico-, carecen de autosuficiencia probatoria. La conclusión que alcanza el órgano jurisdiccional de instancia está razonada en el FJ 3º de la sentencia recurrida. Allí se alude al dictamen del perito Luis Enrique y al testimonio del coacusado Narciso, como elementos de prueba personales que han servido para complementar la valoración de los documentos que reflejan, primero, la adquisición del inmueble de la CALLE000, después, la donación a ANESVAD de un piso que el acusado poseía en la CALLE001 NUM010. Ver ambos negocios jurídicos como la expresión de actos propios de la gestión de fondos ajenos, supondría ocultar que la primera de las viviendas fue adquirida con 204.344 euros, extraídos de los fondos de la cuenta 1, no contabilizada por ANESVAD. La conclusión de que se trata de operaciones distintas, que afectaban a inmuebles diferentes y sin relación entre ellos, es una inferencia obtenida por el Tribunal *a quo* a partir de la valoración de los elementos de prueba ofrecidos por las partes, sin que el recurrente ofrezca ahora documentos que por su intrínseco y genuino valor probatorio, sin necesidad de otras agregaciones probatorias, evidencien el error del juzgador.

D) La conclusión probatoria referida a la compra de un vehículo a nombre de Beatriz, sobrina del acusado, estaría en contradicción con el documento obrante al folio 5354 de la documental aportada a autos por el inspector Luis Enrique, que acredita que sólo dos meses después de efectuada la adquisición, tan pronto el acusado se dio cuenta del error, procedió a reintegrar la totalidad de los 10.405,78 euros en la cuenta titularidad de ANESVAD.

De nuevo se aspira a una rectificación del *factum*, no a partir del contenido de un documento autosuficiente en el plano probatorio, sino con el débil respaldo de una pura apreciación personal del recurrente, mediante la que se pretende desplazar la conclusión fáctica de los Jueces de instancia. El hecho probado describe la adquisición por el acusado, con fondos pertenecientes a ANESVAD, de un coche que fue dado de alta a nombre de su sobrina. Eso es lo que proclama el hecho probado. Y este dato no puede ser contradicho por el documento que se invoca, pues mediante su contenido no se acredita que esa compra no tuvo lugar. Lo que demuestra el documento de restitución es que ciertas cantidades fueron devueltas meses más tarde. Pero en modo alguno prueba que todo obedeció a un error. En el FJ 3º se descarta el argumento defensivo porque "... se trata de una operación muy concreta, ajena a la gestión ordinaria, y no nos han explicado quién pudo confundirse (si el Sr. Felix al acordar la emisión del cheque, o al ordenar pagar ese coche a su sobrina, o quien hizo el ingreso en su nombre...), y en cuanto al supuesto ingreso devolviendo esa cantidad, ni coincide en el importe, ni en el tiempo, ni está avalado por ninguna otra prueba".

En atención a lo expuesto, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).



5. - El quinto motivo, por el cauce que habilitan los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, denuncia vulneración del art. 24.2 de la CE, al haberse considerados probados determinados hechos de supuesta trascendencia típica sobre los que no existe prueba en las actuaciones que los avale.

La defensa sistematiza su discrepancia diferenciando en distintos apartados los motivos de impugnación.

A) A su juicio, la sentencia recurrida da por probado que los fondos integrados en las cuentas denominadas "cuenta 1, cuenta 2, cuenta 3, cuenta A, cuenta 4 y cuenta 5, tenían su origen en aportaciones de socios y colaboradores de ANESVAD, sin haber propuesto y practicado la más mínima prueba directa y solvente para comprobar tal afirmación.

Entiende el recurrente que la afirmación de que durante varios años se realizaron transferencias de fondos en esas cuentas no contabilizadas, pese a que aquéllos tenían su origen en aportaciones de socios y colaboradores, debería haberse acreditado mediante otros medios de prueba. Concretamente, se menciona el cotejo de los extractos de las cuentas referidas, en los que deberían constar esos ingresos y la lista de socios y colaboradores de ANESVAD. También, mediante el examen de los certificados de donación que ANESVAD emitía a cada uno de los depositarios. Sólo así podría haberse acreditado lo que la sentencia de instancia proclama y sólo así podría haberse descartado la tesis sostenida por la defensa, centrada en que la Leprosaría de Culión y la Misión de China, si bien eran considerados por ANESVAD como proyectos propios, ello no era incompatible con el hecho de que el hermano Simón y el padre Aurelio habían abierto en el año 1988 dos cuentas para recaudar fondos destinados a esos mismos lugares que, por otra parte, existían ya muchos años antes del nacimiento de ANESVAD, habiendo sido creados por los jesuitas como misiones.

Las dudas que suscitó la defensa en el plenario, ahora en casación, están resueltas en el FJ 2º de la sentencia recurrida. La Audiencia exterioriza las razones que le han llevado a la convicción de que, pese a las alegaciones de la defensa que atribuye a esas cuentas y los donativos ingresados en ellas una autonomía contable que justificaría su tratamiento diferenciado respecto de ANESVAD, debían haber estado incluidas en la contabilidad de la fundación. Allí se alude a una serie de elementos de inequívoco signo incriminatorio: a) la versión de la Compañía de Jesús y la documentación de las Procuras; b) el testimonio del padre Clemente, Provincial para España de la Compañía de Jesús hasta el año 1988, cuya declaración tenía el valor añadido de haber sido uno de los autores de los documentos ponderados por el Tribunal *a quo*; c) el testimonio del padre Federico, también Provincial de la Compañía de Jesús desde el año 1998 a 2004, quien precisó que "... la Compañía aceptaba para la misión de Culión cualquier aportación económica que pudiera hacer ANESVAD, pero que quisieron dejar clara la desvinculación institucional entre la Fundación y la Compañía de Jesús", precisando que "... quien entendíamos que debía aportar los fondos para Leprosaría de Culión era ANESVAD"; d) la naturaleza de los fondos que nutrían ambas cuentas iniciales, puesta de manifiesto por el informe del actuario Luis Enrique; e) las manifestaciones de los coacusados Narciso y Carlos Manuel; f) los boletines de suscripción de ANESVAD; y e) la forma de pago de los proyectos, que frente a la alegación de Felix que aludía a la existencia de pagos en metálico, mediante maletines con dinero en efectivo, el testimonio de otros trabajadores de ANESVAD puso de manifiesto que esas prácticas eran desconocidas en la gestión ordinaria de la fundación.

No se limita el Tribunal de instancia a un examen de la prueba de cargo ofrecida por el Fiscal y la acusación particular. En el mismo fundamento jurídico se da cumplida respuesta a la prueba de descargo proporcionada por la defensa, referida a una serie de documentos, supuestamente, cartas enviadas durante esos años por el hermano Simón -hoy fallecido- al Sr. Felix, de las que podría deducirse, por parte de aquél, un conocimiento preciso, llegando incluso al control y autorización respecto de la gestión de fondos del acusado. Sin embargo, la Audiencia explica las razones por las que -con fundamento en el informe de la Sección de Policía Científica de la Policía Autónoma Vasca- duda de la autenticidad de esos documentos.

Como hemos afirmado en numerosos precedentes y aun cuando ello implique recordar una obviedad, nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal *a quo*. Tampoco podemos desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril). Consta que la valoración probatoria de los Jueces de instancia se ha basado en prueba lícita, de signo incriminatorio y que ha sido ponderada con arreglo a los cánones de valoración racional de la prueba. Se excluye así la infracción del derecho fundamental que se dice vulnerado.

B) El motivo incluye en su impugnación la afirmación de que los fondos provenientes de una herencia de 989.605,85 euros, donada a ANESVAD, fueron incorporados al patrimonio personal del acusado, sin que exista prueba alguna que acredite ese extremo.



Frente a la tesis de la sentencia recurrida se alza la esgrimida por la defensa, que sostiene que fueron razones fiscales, asociadas a la falta de declaración a Hacienda de los fondos donados por un conocido médico bilbaíno, las que estaban en el origen de la no inclusión de esas cantidades en el patrimonio de ANESVAD. De la apertura de la cuenta a nombre de Felix en Suiza tuvo pleno conocimiento -se alega- el albacea testamentario, Fidel , quien no cerraría el proceso hereditario hasta tener conocimiento directo de que el dinero había sido destinado a los fines de la fundación beneficiada.

Los Jueces de instancia razonan con toda lógica que, si bien es un hecho acreditado que de la herencia recibida se dio cuenta en la reunión del Patronato de ANESVAD, nada se dijo sobre el hecho de que esa cantidad de 983.000 euros iba a ser ingresada en cuentas suizas a nombre del acusado. Tampoco se concretan esas dificultades fiscales que habrían obligado a actuar así y que el Notario excluyó en su testimonio: "... *no se acierta a entender* - razona el Tribunal *a quo* en el FJ 3º- *que para evitar esos problemas fiscales tal cantidad fuera puesta a nombre del Sr. Felix , que desde luego no era el beneficiario de la herencia, y a quien es de suponer que se trasladarían de inmediato los problemas fiscales a los que hace referencia*". Además, la Audiencia ha tomado en consideración el testimonio del empleado del Banco de Santander que acompañó al acusado a Suiza, quien explicó que no habría habido dificultad alguna para que esa cuenta fuera abierta, no a nombre de Felix , sino de la propia fundación beneficiaria.

La Sala no constata el vacío probatorio a que alude la defensa, ni detecta ningún argumento extravagante o ajeno a las máximas de experiencia a la hora de proclamar la concurrencia de los elementos fácticos sobre los que se construye el juicio de autoría.

C) Arguye el recurrente -en los apartados C) y D) del epígrafe que sirve de vehículo al presente motivo- que la sentencia recurrida da por probado que los fondos transferidos a las cuentas titularidad del Consulado de Filipinas (C-1, C-2 y C-3) no fueron destinados finalmente a Leprosaría de Culión y Misión de China, sin que durante el procedimiento hubiera sido propuesta y practicada la más mínima prueba destinada a contrastar este extremo.

Los movimientos y transferencias que son interpretados por la Audiencia como actos dispositivos que integrarían el tipo por el que se ha formulado condena, serían explicables -a juicio de la defensa- por la necesidad de aprovechar la condición del acusado como Cónsul General de Filipinas en Bilbao y de buscar un cauce bancario más cómodo y eficaz para hacer llegar los fondos recibidos en las cuentas abiertas por el hermano Simón y el padre Aurelio a las dos misiones referidas. Las cuentas C-1, C-2 y C-3 ni siquiera llegaron a ser examinadas por el perito Luis Enrique .

El motivo no puede prosperar.

La base probatoria de los actos dispositivos de cantidades que se ingresaron en cuentas de la titularidad de Felix , a través del Consulado de Filipinas, aplicándolas así a un destino distinto del que justificaba su entrega, se encuentra en los informes de los tres peritos que examinaron los movimientos contables cuestionados. La tesis de que sólo se buscaba un modelo de gestión bancaria más cómodo y eficaz no puede ser aceptada por la Sala. Se olvida que no toda fórmula de gestión de fondos ajenos, inspirada en la búsqueda de mayor comodidad para su administrador, puede ser compatible con el deber de lealtad que a aquél incumbe. Si además, ese modelo de gestión se hace ocultando a los órganos de control y fiscalización las razones excepcionales que justificarían su adopción, los presupuestos para la proclamación del juicio de autoría están más que justificados.

D) Discrepa la defensa de la afirmación que se hace en el relato de hechos probados, referida a que el acusado habría distraído en su beneficio exclusivo tres cantidades de 21.000 euros, 17.400 euros y 24.000 euros, las cuales habrían sido ingresadas en la cuenta G-2, los días 3 de enero de 2005, 14 de enero de 2005 y 4 de enero de 2006.

El fragmento del factum en el que se acoge esa imputación estaría contradicho, además de por las explicaciones del propio imputado, por la certificación del departamento de logística de la fundación ANESVAD, referida a los premios de lotería obtenidos en el sorteo de Navidad de los años 2.002, 2.003 y 2.004. Tales cantidades no eran sino la obligada restitución a Felix de los importes por él adelantados para el abono de los premios a los beneficiarios, sin tener que esperar al cobro oficial por el organismo correspondiente de Loterías del Estado.

Tampoco ahora existe el vacío probatorio que se sostiene por la defensa. Constan documentalmente esas extracciones efectuadas en beneficio del acusado. Las explicaciones de los coimputados fueron también contrarias a la existencia de cualquier anticipo personal por parte del acusado. Y la explicación referida al abono por adelantado de los premios obtenidos es rechazada por el Tribunal *a quo* con una línea argumental que, en modo alguno, puede considerarse excéntrica o ajena a los dictados de la lógica: "... *resulta muy poco*



creíble que la Fundación Anesvad, con la disponibilidad económica que disfrutaba, se viera obligada a recurrir al patrimonio particular de su Presidente, para cubrir una contingencia que sin ninguna duda era previsible (el cobro de las pequeñas cantidades de los ciudadanos por las participaciones vendidas por la Fundación, antes de que ésta cobrara oficialmente sus premios), y mucho más increíble resulta que esos pagos debieran cubrirse con el dinero personal del Sr. Felix , si tenemos en cuenta todo lo que hemos visto sobre su disponibilidad, sin control alguno, de los fondos no contabilizados que son objeto de este procedimiento".

Y tiene toda la razón el Fiscal cuando puntualiza que aun en la hipótesis de que el acusado hubiera adelantado con cargo a sus fondos el dinero de ciertos premios que luego le fue restituido por la Fundación, lo que desde luego es indiscutible es que, como se acreditó por la prueba pericial, los fondos de esa cuenta G-2 provenían de dos cuentas no contabilizadas, cuentas 2 y 5, que a su vez se habían nutrido de sucesivos traspasos de la cuenta 1 a la cuenta 2, de ésta a la cuenta 3 y de ésta a la cuenta 5.

Las pruebas, por tanto, eran *bastantes* en el plano incriminatorio y han sido valoradas con sujeción a las reglas de la lógica, lo que impone el rechazo de la impugnación.

E) Se discrepa en el motivo del sostén probatorio de la disposición de 720.186,39 euros mediante cheques al portador, librados por diferentes cuantías durante el período de tiempo abarcado entre los meses de enero de 1998 a julio de 2004 por empleados del departamento de la Fundación ANESVAD, siguiendo las instrucciones del acusado.

La defensa aborda ahora un esfuerzo argumentativo encaminado a demostrar que esos pagos, conocidos como *cheques de logística*, en realidad se identifican con cantidades destinadas, no a la realización de actos de disposición fraudulenta, sino al pago de gratificaciones y bonificaciones del personal de ANESVAD, así como al abono de proveedores por las obras efectuadas en la sede de la fundación.

Sin embargo, el razonamiento encierra una confusión derivada de la supuesta exigencia, a efectos de colmar el tipo previsto en el art. 252 del CP , de que existan actos apropiatorios en beneficio propio. El delito de apropiación indebida, en su modalidad de gestión desleal de las cantidades percibidas para su administración, no requiere el *animus rem sibi habendi*. En efecto, decíamos en la STS 162/2008, 6 de mayo , que quien dispone de dinero ajeno por mandato, administración o cualquier otro título semejante y en el ejercicio de las facultades jurídicas a las que habilita ese título jurídico, perjudica el patrimonio administrado, comete un delito del art. 252 del CP . La acción de distraer el dinero que se administra, no es propiamente una conducta de apropiación, sino una conducta de infidelidad.

Desde la STS 224/1998, 26 de febrero , en la que se citaban como precedentes las SSTS 7 y 14 de marzo de 1994 y 30 de octubre de 1997 , esta Sala ha venido afirmando que el tipo de infidelidad acogido en el art. 252 del CP , cuando castiga al que distrajere dinero, se caracteriza por tres ideas básicas: a) tiene por finalidad proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio y el que asume su gestión; b) la disposición sin razones que lo justifiquen consume el delito, ya que no es necesario el enriquecimiento del autor; c) no es necesario el *animus rem sibi habendi*, dado que éste sólo tiene razón de ser en los tipos de apropiación.

Desde esta perspectiva, la supuesta normalidad de estos pagos estaría en abierto contraste con el hecho de que las cuentas de las que se extraían esos importes no figuraban en la contabilidad de ANESVAD. De ahí que con independencia de que, en este caso concreto, tales actos dispositivos no le reportaran un beneficio directo -no ocurre lo mismo en otros pasajes del factum-, el acto de deslealtad en la gestión se presenta con absoluta nitidez.

F) Los tres últimos apartados de la impugnación deducida por el recurrente se dedican a cuestionar la distracción de fondos en el gasto liquidado a las entidades mercantiles *Wagon List* en fecha 8 de septiembre de 2000, *Makro* , con fecha 9 de mayo de 2001 y *El Corte Inglés*, el día 24 de julio de 2001.

En las tres ocasiones se alega que no existe otra prueba o dato de contraste sobre el particular que la mera constatación de dicho gasto. El transcurso del tiempo desde que tales gastos se efectuaron hace explicable las dificultades para una explicación por parte del acusado, sobre todo, tratándose de gastos que entran en lo que puede considerarse el giro ordinario de una organización como ANESVAD, en la que, por ejemplo, los viajes de sus miembros constituyen un hecho absolutamente normal. Se quebranta la presunción de inocencia cuando tales gastos se imputan a Felix y cuando, además, se consideran no justificados.

No tiene razón el recurrente.

La constatación de esos movimientos injustificados no se basa en la exclusiva formalidad de un apunte contable, sino en los informes periciales que explican su origen y destino. Se olvida que estamos hablando de gastos con cargo a cuentas no contabilizadas, no comunicadas por el acusado a la fundación que le había confiado la administración de sus fondos. Se trata, en fin, de dinero procedente de donativos entregados para



finés bien distintos de aquellos a los que fueron aplicados. En eso consiste la administración desleal y por ese delito ha sido condenado el acusado.

Se impone la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

6. - El motivo sexto, con igual cobertura, sostiene la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, por vulneración del principio *in dubio pro reo*.

La defensa construye un motivo a partir del párrafo contenido en el FJ 4º de la sentencia recurrida, en el que el Tribunal *a quo* destaca que lo relevante no es si el Sr. Felix gestionó adecuadamente o no este dinero. Se refiere el recurrente al fragmento del que ya hemos tenido ocasión de ocuparnos al resolver el motivo tercero de los formalizados por la representación de Felix . Considera que en ese razonamiento se agazapa una duda del Tribunal o, cuando menos la admisión por los Jueces de instancia de la posibilidad de que el destino dado a esos fondos no fuera el que se da por probado. Ello encerraría una duda que haría operar el *in dubio pro reo* y, por ello, el menoscabo del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE .

La Sala no puede acoger el motivo.

Ya decíamos en nuestra STS 675/2011, 24 de junio , con cita de las SSTs 999/2007, 26 de noviembre y 939/1998, 13 de julio , que el principio *in dubio pro reo* sí puede ser invocado para fundamentar la casación, cuando resulte vulnerado su aspecto normativo, es decir, en la medida en la que esté acreditado que el Tribunal ha condenado a pesar de su duda. Por el contrario, no cabe invocarlo para exigir al Tribunal que dude, ni para pedir a los jueces que no duden. La duda del Tribunal, como tal, no es una cuestión revisable en casación, dado que el principio *in dubio pro reo* no establece en qué supuestos los jueces tienen el deber de dudar, sino cómo se debe proceder en el caso de duda. Y hemos precisado más recientemente que ese principio, plenamente integrado en el contenido constitucional del derecho a la presunción de inocencia, siempre que exista una duda objetiva, impone el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

El fragmento destacado por el Letrado recurrente, en el que se condensaría la duda objetiva del Tribunal que debería conducir a la absolución no es tal. De su sentido y de una interpretación contextualizada de su alcance ya nos hemos ocupado *supra*. A lo entonces razonado -cfr. FJ 3º, apartado C) de nuestra sentencia- conviene remitirse. Una cosa es admitir a efectos dialécticos la posibilidad de que el destino de algunos de los fondos -gratificaciones a empleados, préstamos a bajo interés o inversiones para la obtención de mayor rentabilidad- pudiera constituir una práctica habitual en una empresa y otra bien distinta es integrar en la normalidad que tales prácticas se verificaran sin control alguno por los órganos de la entidad beneficiaria de los fondos y a través de cuentas corrientes que no tenían otro titular conocido que el acusado. Quien así razona no alimenta duda alguna, se limita a apurar los argumentos que militan a favor del juicio de tipicidad.

Procede la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

7. - El séptimo motivo se formaliza con la misma cobertura que los anteriores, con cita de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim , denunciando la vulneración del art. 24 de la CE , al no recoger en sentencia el motivo que llevó a la Audiencia a descartar tesis fácticas sostenidas por la defensa, perfectamente compatibles con la prueba obrante en autos, a favor de otras, defendidas por las acusaciones y que están carentes de soporte probatorio. Se incurre con ello en un déficit de motivación que afectaría al derecho constitucional a una resolución suficientemente motivada.

Censura el motivo el hecho de que la Audiencia no aceptara la explicación ofrecida por el acusado para justificar las dos operaciones de extracción de fondos descrita en los hechos probados 1 y 2 del apartado C) de la sentencia cuestionada, así como el apartado 3, en el que se describe la operación de préstamo al coacusado Narciso , al que fueron entregados 319.275 euros para que pudiera restituir a ANESVAD la parte de los fondos de los que se había apropiado indebidamente.

El motivo es inviable.

El derecho a una resolución motivada forma parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva. En su reciente STC 31/2012, 12 de marzo, el Tribunal Constitucional recuerda que el art. 24.1 de la CE requiere respuestas judiciales fundadas en Derecho, como garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente, pues, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3 ; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2 ; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2 ; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6 ; y 223/2005, de 12 de septiembre , FJ 3).

La queja del recurrente presenta también puntos de coincidencia con el derecho a la presunción de inocencia, que integra en su contenido material el derecho a una valoración razonada de la prueba de descargo. La



ponderación de la prueba de descargo - decíamos en nuestra STS 258/2010, 12 de marzo - representa un presupuesto *sine qua non* para la racionalidad del desenlace valorativo. Su toma de consideración por el Tribunal *a quo* es indispensable para que el juicio de autoría pueda formularse con la apoyatura requerida por nuestro sistema constitucional. No se trata, claro es, de abordar todas y cada una de las afirmaciones de descargo ofrecidas por la parte pasiva del proceso. En palabras del Tribunal Constitucional, exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello implique que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (cfr. SSTC 148/2009, 15 de junio y 187/2006, de 19 de junio F. 2).

Pues bien, en el presente caso, el hecho de no aceptar la tesis sugerida por el recurrente para explicar y justificar las disposiciones a que se refiere el *factum* en los hechos probados 1, 2 del apartado C) y apartado 3 de la sentencia recurrida, no obedece a una exclusión apriorística de la versión de descargo ofrecida por la defensa. La sentencia recurrida dedica a la cuestión suscitada tres folios para explicar las razones por las que acoge la tesis sostenida por el actuario Luis Enrique, concluyendo que no es creíble la venta de sellos, hasta el punto de cuestionar la realidad de los documentos, albergando fundadas sospechas de que aquéllos fueron confeccionados para justificar parte de las salidas de dinero de las cuentas de ANESVAD. Razonan los Jueces de instancia que "... decimos esto porque, si los 300.508 euros se deben a compra de sellos de la "colección privada" que el Sr. Felix había ido formando a lo largo de los años, según manifestó él mismo y su defensa, cabe plantearse qué sentido tiene que se realicen extracciones en fechas distintas, aunque próximas en el tiempo, y por cantidades distintas; qué sentido tiene que, si se trataba realmente de comprarle sellos al Sr. Felix, no se hiciera constar así en la contabilidad oficial de Anesvad, si era Anesvad la que compraba este material; qué sentido tiene que estas cantidades se hicieran constar como "liquidación de proyectos finalizados" y que se tomaran la molestia de distribuir esa cifra en cantidades parciales que se asignaban ficticiamente a proyectos concretos. Por otra parte, nada sabemos de los sellos, ni de su valor, y a efectos probatorios corresponde a la defensa aportar la prueba que sustenta esta versión exculpatoria. En definitiva, y por todas estas dudas la Sala no cree que puedan considerarse acreditadas ni tan siquiera estas dos cantidades de las que sí habría una constancia documental, por lo que estaremos a la cantidad total de 300.508 euros que indica el informe.

Y finalmente hay que hacer una reflexión sobre la alegación de la defensa en torno a este punto. Como decíamos, el argumento es que cuando el Sr. Felix presta el dinero al Sr. Narciso (para que lo devuelva a Anesvad), como el Sr. Felix no tiene dinero, lo saca de la cuenta nº 5 (la de las Procuras de Culión y China), y es consciente de que debe resarcir a esta cuenta, que también se nutre de donantes. Por eso decide donar los sellos a Anesvad.

Esta explicación quiebra en un punto esencial: la cuenta 5, a la que dice ahora el Sr. Felix que debía reintegrar lo prestado al Sr. Narciso, es la cuenta que, según hemos analizado, permanecía opaca a la contabilidad de Anesvad, es la cuenta (y sus antecesoras) desde la que el Sr. Felix ha realizado numerosas operaciones de préstamo a diversas personas de la Fundación o sus familiares, sin ninguna prisa para su restitución, es la cuenta desde la que ha dado gratificaciones variadas a diversos empleados y por importes no menores. Siendo todo esto así, es poco creíble que precisamente respecto a la cantidad que presta al Sr. Narciso con dinero de Culión y China sintiera la necesidad de resarcir de inmediato esas cantidades.

Así, el argumento sólo tendría sentido si aceptáramos la tesis principal de la defensa en cuanto a que estas cuentas de Culión y China eran ajenas a Anesvad y gestionadas por el Sr. Felix por encargo de los Jesuitas. Pero ya hemos explicado que no lo creemos. Por ello, nos preguntamos dónde está el resarcimiento a Anesvad del que habla el perito de la defensa. La realidad acreditada es que el Sr. Felix extrae de la cuenta 5, cuyo titular era el Consulado General de Filipinas y que debía haber sido contabilizada por Anesvad, los 319.275 euros que presta al Sr. Narciso, y que constan salidas desde las cuentas de Anesvad a esa misma cuenta 5, no contabilizada, por importe de 300.508 euros".

Finalmente, incluso si admitiéramos su tesis, la misma quiebra en cuanto al "fleco" de 18.000 euros que se hace constar en el informe de parte. Se indica que esta cantidad, que completaba supuestamente los 319.000 euros prestados a Sr. Narciso, se ingresan por error por el Sr. Felix en la cuenta de Anesvad y que pretendían haberse ingresado en la cuenta 5 para resarcirla de lo prestado al Sr. Narciso. Pero en la declaración de Alexis (en la que se ratificó en el juicio) al folio 1412 y ss, se hace constar que estos dos ingresos en efectivo del día 23 de septiembre de 2005 en la cuenta del BBVA de Anesvad los hizo él para devolver parte de la cantidad que le había prestado el Sr. Felix (tal como hemos reflejado en el relato de hechos probados).

En definitiva, la Sala no cree que el argumento se sostenga, consideramos por el contrario que las extracciones de las cuentas del BBVA y del BSCH se realizaron como una forma más de apropiación y que después se ha tratado de ofrecer una explicación contable o comercial, que no ha quedado acreditada".



La transcripción literal de este largo fragmento de la sentencia recurrida resulta obligada para descartar el déficit de motivación al que se refiere el motivo. Se podrá o no estar de acuerdo con ese razonamiento -la Sala lo hace suyo-, pero lo que es evidente es que se colman de forma más que sobradas las exigencias impuestas por el derecho constitucional a una resolución motivada y por la necesidad de que la formulación del juicio de autoría incluya en la valoración probatoria las alegaciones de descargo.

Como recuerda la STC 13/2012, 30 de enero, la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, incluso por plausible que ésta resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en arbitrario o manifiestamente irrazonable ni, menos aún, obliga a este Tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer (SSTC 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3 ; 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4 ; 140/2005, de 6 de junio; FJ 5 ; y 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 5).

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

8. - La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim .

III. FALLO

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **Felix**, contra la sentencia de fecha 20 de abril de 2012, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en la causa seguida por el delito de apropiación indebida y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Carlos Granados Perez D. Andres Martinez Arrieta D. Jose Manuel Maza Martin D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca D. **Manuel Marchena Gomez**

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