

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA BIZKAIKO PROBINTZIA-AUZITEGIA

### Sección 1ª

BARROËTA ALDAMAR 10 3ª Planta- C.P. 48001

Tfno.: 94-4016662

Fax: 94-4016992

N.I.G.: 48.04.1-06/047788

Rollo penal 6/12

Atestado nº: ESCRITO DENUNCIA

Delito: APROPIACION INDEBIDA

O.Judicial Origen: Jdo.Instrucción nº 8 (Bilbao)

Procedimiento: Proced.abreviado 95/11

Contra: JOSE LUIS GAMARRA ARANO, JOSE MIGUEL SUSTACHA OLABE y JOSE FRANCISCO MARTINEZ FERNANDEZ

Procurador/a: IGNACIO HIJON GONZALEZ, ANA ROSA ALVAREZ SANCHEZ y ANA ROSA ALVAREZ SANCHEZ

Abogado/a: JESUS URRAZA ABAD, CARMELO RUIZ DE ALEGRIA MARTIN y CARMELO RUIZ DE ALEGRIA MARTIN

Ac.Part.: ANESVAD

Procurador/a: CONCEPCION IMAZ NUERE

Abogado/a: AURELIO CORCUERA BILBAO

### SENTENCIA Nº 29

ILMOS/AS. SRES/AS.

Dña. REYES GOENAGA OLAIZOLA

D. JUAN MANUEL IRURETAGOYENA SANZ

D. JESUS AGUSTIN PUEYO RODERO

En BILBAO (BIZKAIA), a veinte de abril de dos mil doce.

Vistos por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, los presentes autos, con el número de Rollo Penal 6/12, por la presunta comisión de un

Delito de apropiación indebida, en el que han sido partes el Ministerio Fiscal, en representación de la acción pública, como acusación particular FUNDACION ANESVAD representado por la procuradora Dña. Concepción Imaz Nuere y asistido por el Letrado D. Aurelio Corcuera Bilbao y como acusados JOSE MIGUEL SUSTACHA OLABE y JOSE FRANCISCO MARTINEZ FERNANDEZ ambos representado por la procuradora Dña. Ana Rosa Alvarez Sánchez y asistido del letrado D. Carmelo Ruiz de Alegria Martin y JOSE LUIS GAMARRA ARANOA representado por la procurador D. Ignacio Hijón Gonzalez y asistido por el Letrado D. Jesus Urraza Abad, constando en las actuaciones las circunstancias personales de todos ellos.

Expresa el parecer de la Sala como Ponente la Ilma. Sra. Magistrado Dña. Reyes Goenaga Olaizola.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos de a) un delito continuado de apropiación indebida del art. 252 C.P. en relación con el artículo 250 7º y 8º del C.P. y art. 74 del mismo texto legal; b) un delito continuado de apropiación indebida del art. 252 C.P. en relación con el art. 250 7º y 8º y art. 74 del mismo texto legal, en concurso medial con un delito continuado de documento mercantil de los art. 392, 390 1 y 2 C.P. y 74 del mismo texto legal; c) un delito continuado de apropiación indebida del art. 252 C.P. en relación al art. 250 7º y 8º del C.P. y art. 74 del mismo texto legal en concurso medial con un delito continuado de falseamiento de documento mercantil de los art. 392, 390, 1 y 2 C.P. y 74 del mismo texto legal.

Del delito del apartado a) es responsable el acusado Jose Luis Gamarra Aranoa, del delito del apartado b) es responsable el acusado Francisco Martinez Fernández y del delito del apartado c) es responsable el acusado José Miguel Sustacha Olabe. Concorre en cada uno de los acusados la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de reparación parcial del daño causado del artículo, y pidió que se la impusiera al acusado JOSE LUIS GAMARRA ARANOA, por el delito del apartado a) seis años de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, inhabilitación para el ejercicio de industria o comercio por el tiempo de la condena, multa de dieciocho meses a razón de cincuenta euros diarios, con la correspondiente responsabilidad personal caso de impago, al acusado Francisco Martínez Fernández por el delito del apartado b) seis años de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, inhabilitación para el ejercicio de industria o comercio por el tiempo de la condena, multa de dieciocho meses a razón de cincuenta euros diarios, con la correspondiente responsabilidad personal caso de impago, al acusado José Miguel Sustacha Olabe por el delito del apartado c) seis años de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, inhabilitación para el ejercicio de industria o comercio por el tiempo de la condena, multa de dieciocho meses a razón de

cincuenta euros diarios, con la correspondiente responsabilidad personal en caso de impago.

El acusado Jose Luis Gamarra Aranoa, indemnizará en concepto de responsabilidad civil, a la entidad Anesvad en la cantidad de 3.263.189,54 euros, el acusado Francisco Martínez Fernández en concepto de responsabilidad civil indemnizará a Anesvad, en la cantidad de 64.369,45 euros, el acusado José Miguel Sustacha Olabe indemnizará en concepto de responsabilidad civil a Anesvad en la cantidad de 83.167,26 euros. Cantidad en todas ellas, a la que aplicar los correspondientes intereses de demora del art. 576 LEC.

Se proceda por el despacho Bufete Barrilero y asociados (Rasla) como partícipes a título lucrativo del art. 120 del C.P. a restituir a la entidad Anesvad, la cantidad de 300.000 euros.

**SEGUNDO.-** La Acusación Particular de Anesvad en igual trámite calificó los hechos son constitutivos de A) un delito continuado de apropiación indebida, previsto y sancionado en el art. 252 del C.P., en relación a los arts. 250.1.1ª, 5º y 6º (anteriores apartados 1º, 6º y 7º), 250.2 y 74 del mismo texto legal, y B) un delito continuado de apropiación indebida previsto y penado en el art. 252 del Código Penal en relación a los Arts 250.1.1ª, 5º y 6º (anteriores apartados 1º, 6º y 7º), 250.2 y 74 del mismo texto, en concurso con un delito continuado de falsedad de documento mercantil de los Arts 392, 390.1 y 2 del C.P. en relación al Art. 74.1 del mismo texto. Respecto al delito A) lo es el acusado José Luis Gamarra Aranoa, ex Art. 28 del Código Penal, del delito B) son responsables como coautores del art. 28 del Código Penal los acusados José Miguel Sustacha Olabe y José Francisco Martínez Fernández.

Concorre respecto de los acusados José Miguel Sustacha Olabe y José Francisco Martínez Fernández la atenuante genérica de disminución de los efectos del daño causado, si bien parcialmente, del art. 21.5º del Código Penal, interesando la imposición de las siguientes penas, al acusado JOSE LUIS GAMARRA ARANOA la pena de ocho años de privación de libertad con las accesorias de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la condena y de inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio durante el tiempo condena, y multa de veinticuatro meses con una cuota diaria de 50 euros, a los acusados JOSE MIGUEL SUSTACHA OLABE y JOSE FRANCISCO MARTINEZ FERNANDEZ, las penas de seis años de privación de libertad con las accesorias de privación del derecho de sufragio pasivo y de inhabilitación especial para el ejercicio del comercio o la industria durante el tiempo de la condena, y multa de dieciocho meses a razón de una cuota diaria de 30 euros.

Las costas, incluidas las de la acusación particular.

Deberán indemnizar en concepto de responsabilidad civil a la Fundación Anesvad en las siguientes cantidades: el acusado JOSE LUIS GAMARRA ARANOA en la suma de 3.263.189,54 euros, el acusado JOSE MIGUEL SUSTACHA OLABE, en la cantidad de 83.167,26 euros y el acusado JOSE FRANCISCO MARTINEZ FERNANDEZ en la cifra de 64.369,45 euros, en todos los casos con el interés legal que fija el Art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por su parte y como participe a título lucrativo del art. 122 del C.P., RASLA S.A.P. (Bufete Barrilero y Asociados) procederá a restituir a la Fundación Anesvad la cantidad de 300.000 euros.

**TERCERO.-** Por la defensa de JOSE MIGUEL SUSTACHA OLABE y de JOSE FRANCISCO MARTINEZ FERNANDEZ disconforme con el correlativo, tanto del Ministerio Fiscal como de la Acusación particular. A la cuarta disconforme. Concorre en ambos acusados la atenuante muy cualificada de reparación del daño causado prevista en el art. 21.5 en relación con el art. 66.1 regla 2ª del Código Penal. El reconocimiento de los hechos por parte de los acusados debe ser considerado y valorado a la hora de individualizar la pena e imponer la misma en su mínimo posible tal y como reconoce la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por la defensa de JOSE LUIS GAMARRA ARANOA disconforme con la correlativa de las acusaciones particular y pública por cuanto que, como resultará acreditado durante el acto de vista oral, nuestro representado jamás ha realizado acto de disposición alguna en perjuicio de FUNDACION ANESVAD, y en beneficio propio o de terceros, habiéndose limitado a actuar siempre en interés de la referida entidad y de los fines propios de la misma. El comportamiento protagonizado por Jose Luis Gamarra Aranoa no es constitutivo de delito alguno. No existiendo delito, tampoco cabe hablar de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Alternativamente, y para el caso de considerar probados total o parcialmente los hechos referenciados en la correlativa primera de las calificaciones provisionales de las acusaciones particular o pública, procederá a aplicar a nuestro representado las siguientes circunstancias modificativas:

A) Reparación del daño causado, en grado de muy cualificada, prevista en el art. 21.5 del C.P.

B) atenuante analógica de Dilaciones indebidas, previas en el art. 21.6º del C.P.

No existiendo delito, tampoco procede la imposición de pena o responsabilidad civil alguna a nuestro representado.

**CUARTO.-** En el acto del juicio oral el Ministerio Fiscal reconoce que se ha reparado el daño parte del Sr. Martinez y el Sr. Sustacha. Modifica: En la 1ª los acusados Sr. Martinez y Sr. Sustacha han reparado total el perjuicio.

En la 4ª: atenuante de reparación del daño circunstancia 4 y 5.

En la 5ª: se adhiere a la acusación particular de la pena de 20 meses de prisión para los Sres. Sustacha y Martinez, inhabilitación especial, multa de 6 meses a 12 euros/día. Se retira la petición de Responsabilidad civil.

Por parte de la Acusación Particular : en la 1ª apartado b) añade después de cuenta B), "esta última por los Sres. Sustacha y Martínez exclusivamente".

En la pág. 15 1º párrafo: " ante las investigaciones iniciadas por la Hacienda Foral y las peticiones de datos por parte de la policía las diversas entidades bancarias, como quiere que el Sr. Martínez y Sr. Sustacha habían presentado en Septiembre de 2006 una denuncia autoinculpándose de haberse apropiado cada uno de ellos de 457.275 euros

pertenecientes a ANESVAD incoándose las DIP 2998/06 en el Juzgado de Instrucción nº 8 de Bilbao en cuya tramitación como testigo Jose Luis Gamarra en condición presidente de la ONG y tiene pese a conocer la realidad de los hechos cometidos por el director general y el director financiero había previamente pactado con los mismos un despido improcedente"... se mantiene el resto.

Ultimo párrafo pág. 15: " de lo desviado a su propio patrimonio se ha reintegrado a ANESVAD la totalidad con anterioridad al juicio.

En pág. 16 respecto al Sr. Martínez después de 64.369, euros añade " si bien, y careciendo actualmente de posibilidades económicas para afrontar dicha restitución se ha comprometido notarialmente al reintegro a ANESVAD de lo que resta en plazos determinados y con el aval de terceras personas solventes",

En la 2ª: b) delito con apropiación indebida art. 252 C.P. en relación 248-249-250- 1-1º y 5º anteriores 1º y 6º, 250- 2 y 74-1 C.P.-

En la 5ª: pena para Sr. Sustacha y Sr. Martínez, 20 meses de prisión, inhabilitación especial, para cada uno, multa 6 meses a 12 euros/día, responsabilidad civil del art. 53 del C.P. Se excluye su obligación de indemnizar al haber restituido el Sr. Sustacha y el Sr. Martínez.

## 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 JOSE LUIS GAMARRA ARANOA, 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 JOSE MIGUEL SUSTACHA OLABE, y el acusado JOSE FRANCISCO MARTINEZ FERNANDEZ, 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, José Luis Gamarra Aranoa 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 José Luis Gamarra.**

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 José Luis Gamarra**, 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 Culi6n, titular sin personalidad jur6dica, y posteriormente fue su titular el hermano jesuita Jos6 Luis Ruiz de Ruiz, hasta que en el a6o 2003 se produce el cambio de titularidad al Consulado General de Filipinas; como autorizado figuraba el Sr. Gamarra), y la cuenta A (su titular original era "Misi6n China-Delegaci6n del P. General Compa6a de Jos6s", sin personalidad jur6dica, y posteriormente cambia su titularidad al padre jesuita Ismael Zuloaga Goti; como autorizado figuraba el Sr. Gamarra). En ambas cuentas se recibían donativos para los proyectos de Leprosería de Culi6n y de Misi6n China, pero no en exclusiva, pues tambi6n se recibían en ellas donativos para otros proyectos de Anesvad como Ulcera de Buruli, o donativos gen6ricos para la Fundaci6n. Tambi6n en las cuentas bancarias s6 contabilizadas en la contabilidad de Anesvad se recibían donativos para estos dos proyectos de Culi6n y China.

La relaci6n entre estas cuentas fue la siguiente: Desde la cuenta 1 (Leprosería de Culi6n), una vez que pas6 a ser de titularidad del Consulado General de Filipinas el 13 de marzo de 2003, se traspas6 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 traspas6 el 26 de enero de 2005 a la cuenta 3, abierta dos d6as antes a nombre de Anesvad (pero no registrada en la contabilidad). Esta cuenta permaneci6 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 (Misi6n de China) se traspas6 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 traspas6 el 29 de agosto de 2005 a la cuenta 5 abierta ese d6a a nombre del Consulado General de Filipinas, como hemos visto.

Durante estos a6os se realizaron los movimientos entre cuentas no contabilizadas que ya hemos reflejado, y que quedaron opacos a la contabilidad de la Fundaci6n a pesar de tener origen en aportaciones de socios y colaboradores, lo que permiti6 al Sr. Gamarra realizar toda una serie de **disposiciones de fondos** de estas cuentas, para fines distintos a los fines de Anesvad. Consta que tambi6n realiz6 alguna operaci6n de desviaci6n de fondos desde cuentas s6 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 Fundaci6n Anesvad, el acusado Sr. Gamarra dispuso **para fines distintos a los de aquella**, de las siguientes cantidades:

1. 1.326.128,97 euros que el acusado desvi6 desde las cuentas 1 a 5 y A, ya mencionadas, a las cuentas del BBVA 0182-1300-18-180000894762 (cuenta C-1), y del BSCI 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 trav6s 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 0049-4800-79-2694374991 (cuenta G-1), la cuenta del BSCH 0049-4800-70-2416070277 (cuenta G-2) y la cuenta del BSCH 0049-4800-76-2916138475 (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. Gamarra 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. Gamarra 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 José Luis Gamarra 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 SP", "Global Equity a Sicav SP", "Asia Pacific a Sicav (USP) SP", "Latina American a Sicav (USD) SP", "Eurobalance a Sicav").
4. 60.100 euros dispuestos a través de dos cheques al portador emitidos por José Luis Gamarra 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. Gamarra, 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 José Luis Gamarra 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 José Luis Gamarra en la calle Gran Vía nº 56 de Bilbao.
2. Con destino a fines particulares José Luis Gamarra 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 José Ignacio Castro Mosquera, amigo personal del Sr. Gamarra 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 Gamarra detrajo de la cuenta 1, mediante cheque, la suma de 252.425,08 euros ingresándolos en una cuenta del Sr. Castro Mosquera en concepto de préstamo sin interés. El Sr. Castro 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 José Francisco Martínez Fernández y de su esposa Dña. María Teresa Peña Rodríguez, José Luis Gamarra dispuso de la cantidad de 37.698,30 euros pertenecientes a Anesvad y que ingresaron en la cuenta del BBVA 0182-1300-19-0200202200 (cuenta M-1) de la titularidad de aquéllos mediante el libramiento de cinco cheques ordenados o firmados por el Sr. Gamarra 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, Andrés Ginés Iglesias (técnico de proyectos de la fundación) el Sr. Gamarra 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. Ginés mediante un cheque de la entidad Bankinter, que fue cobrado por el Sr. Gamarra 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. Gamarra 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 Clio a Gausa Autoak para la sobrina del acusado, Sra. Marta Sanz Gamarra.

9. En favor del contable de la fundación Sr. Marcos García Rubio, 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. García.

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

11. El empleado del Area de mantenimiento de Anesvad, José Antonio Parada Pombo, recibió el 31 de mayo de 2006 del Sr. Gamarra un cheque contra la cuenta 5 por importe de 18.030 euros.

12. Los empleados del departamento de logística Borja Gaviria Anduiza y Pedro Fernández Carabaña 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. Gamarra, 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 (María Consuelo López Errasti) José Miguel Larburu Pérez, percibió del Sr. Gamarra 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. Gamarra dispuso a favor de María Angeles Ainzua Goffi, 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. Gamarra 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. Gamarra 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. Gamarra 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 José Luis Gamarra 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. Gamarra, 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 0049-4800-72-2212212000 (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 José Luis Gamarra Aranoa **incorporó a su patrimonio personal parte de una herencia** donada por Don J.L.B. 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 10-0029-288-001602 (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-CH15-0020-6206-8910-6680-R y el día 9 de enero de 2007 transfirió la cantidad de 770.463 euros desde la cuenta de la entidad

Credit Suisse IBAN-CH89-0483-5019-8053-8200-2. 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. Gamarra 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 Francisco Martínez y José Miguel Sustacha.**

Los acusados Francisco Martínez Fernández, Director Financiero de la Fundación Anesvad y José Miguel Sustacha Olabe, Director General de la Fundación, puestos de común acuerdo y durante el período 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 José Miguel Sustacha Olabe 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 José Francisco Martínez Fernández 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. Sustacha y el Sr. Martínez 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. Sustacha, y a **761.644,45 euros** en el caso del Sr. Martínez.

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. Sustacha. Respecto al Sr. Martínez 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 Gamarra para favorecer la restitución de Sustacha.**

En el mes de septiembre de 2005 y una vez descubierta la actuación que acabamos de relatar respecto al Sr. Sustacha y al Sr. Martínez 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. Gamarra acordó con José Miguel Sustacha la entrega de 319.275 euros, que fueron retirados por Gamarra 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. Gamarra 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. Sustacha 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. Gamarra ingresó en la cuenta BBVA 0182-1300-16-000526067 (S-1) a nombre del Sr. Sustacha, 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. Sustacha compareció ante Notario y depositó un cheque al portador por importe de 319.275 euros expedido contra la cuenta S-1 de titularidad de Sustacha, indicando que era devolución de la cantidad que Gamarra le había prestado y señalando que debía ser retirada por el Sr. Gamarra o quien él designase.

Hallándose el acusado Sr. Gamarra 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. Urraza (del despacho Barrilero Asociados, RASLA S.A.P). Esta cantidad fue recibida por el letrado en concepto de honorarios profesionales, constando una factura emitida por Barrilero y Asociados con inclusión del IVA correspondiente. El letrado Sr. Urraza ha asistido

jurídicamente al Sr. Gamarra 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. Urraza y el despacho de abogados por estos honorarios.

Una vez obtenida la libertad, el acusado Sr. Gamarra 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 José Francisco Martínez Fernández y a José Miguel Sustacha, lo que provocó el despido del Director Financiero y del Director General de la Fundación, pactando el Sr. Gamarra 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. Sustacha y Martínez 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 José Luis Gamarra Aranoa. Las Diligencias Previas incoadas se acumularon a las 2998/06 por auto de fecha 30 de marzo de 2007.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Sobre las cuestiones previas.

Al inicio de la vista oral, el letrado del acusado Sr. Gamarra planteó una serie de cuestiones de previo pronunciamiento, que fueron rechazadas como tales por el Tribunal y no impidieron la continuación de la vista, pero que merecen ahora una serie de consideraciones, si bien ya anticipamos que ninguna de ellas va a ser estimada:

a) Alegó el letrado como primera cuestión que los designados como administradores judiciales para la Fundación Anesvad no tienen capacidad para ejercer la Acusación Particular, puesto que esta posibilidad de ejercitar acciones penales no estaba dentro de las facultades que les fueron conferidas.

Pues bien, la Sala no está de acuerdo con este planteamiento, puesto que nada tienen que ver las funciones y las facultades que se confirieron a los administradores judiciales según el auto de 17 de julio de 2007, cuyo objeto fue la adopción de una medida cautelar real para salvaguardar los intereses de la Fundación Anesvad y facilitar con ello una adecuada gestión y administración de la propia Fundación (y que se remite a estos efectos al art. 632 LEC), con la posibilidad de que Anesvad ejercite acciones civiles o penales, lo que se deriva de su personalidad jurídica, que se ha mantenido intacta en el proceso, posibilidad prevista en los art. 109 y 110 LECrim. En todo caso, el propio auto de administración judicial ya señala que se otorga a los administradores las facultades previstas en los estatutos de la Fundación y en ellos se aprecia con claridad (folios 635 y ss) que entre las facultades del Patronato está cualquier gestión relacionada con la representación de la Fundación, que según señalan puede realizar su presidente por delegación, expresándose entre otras funciones de éste el de actuar en cualquier tipo de procedimiento, recursos, acciones o excepciones. Y finalmente, desde el punto de vista procesal, al folio 2495 y ss consta la personación de Anesvad, por decisión de los administradores designados por el Protectorado del Gobierno, constando al folio 2507 la resolución por la que se admite y se le tiene por personada a la Fundación Anesvad. Esta decisión judicial, que fue debidamente notificada a todas las partes, incluida la que ahora plantea la cuestión previa, no fue objeto de recurso y de hecho desde diciembre de 2007 la Fundación Anesvad viene actuando como una parte más en el procedimiento, por lo que no es de recibo el planteamiento actual de la cuestión.

b) Como segunda cuestión previa plantea el letrado que en los escritos de acusación se incluye le carácter delictivo de los 319.000 euros que el Sr. Sustacha devuelve al Sr. Gamarra depositándolos en el Notaría y que da lugar a la petición de reintegro por el art. 122 CP, que afecta al despacho Barrilero y Asociados, como partícipes a título lucrativo. Entiende el letrado que el Sr. Gamarra no ha declarado sobre este punto y que su inclusión dentro del relato de las acusaciones está en contra del principio acusatorio. Tampoco puede aceptarse esta alegación. En primer lugar, estamos conformes con el Ministerio Fiscal en que, dada la complejidad y la extensión de todas las disposiciones y los movimientos de las cuentas, no puede pretenderse una referencia exhaustiva a cada uno de los movimientos, máxime si tenemos en cuenta que la acusación se realiza por la comisión de un delito continuado. Pero es que, además, no podemos compartir el argumento, porque las cantidades a que se refiere el letrado habían sido prestadas por el Sr. Gamarra al Sr. Sustacha de los fondos que se habían ido desviando a la cuenta 5 o a la cuenta 2 del Consulado General de Filipinas y en ese sentido ya han sido contempladas en los diversos apartados de los relatos acusatorios. Lo que las acusaciones pretenden es que la cantidad prestada al Sr. Sustacha y devuelta por éste al Sr. Gamarra sea reintegrada desde el despacho de abogados. Pero no estamos hablando de una desviación nueva que no haya sido conocida por el acusado. Desde el inicio de las actuaciones y en sus diversas declaraciones se le ha venido preguntando por las diversas cantidades desviadas, entre las que estaban las desviadas a las cuentas del Consulado.

c) La tercera cuestión que plantea el letrado se refiere a la actuación de la Policía en la investigación del delito. Entiende que se iniciaron las actuaciones por una denuncia anónima y que se produjo “una suerte de causa general contra el Sr. Gamarra”, lo que

genera indefensión al acusado al no conocer los hechos concretos de los que sospecha la fuerza policial.

El argumento tampoco puede ser atendido porque debe partirse de que tanto la actuación policial que se ha llevado a cabo en este caso, como la actuación del Ministerio Fiscal, de la que hablaremos, constituyen actuaciones de investigación preprocesal, previstas legalmente como forma de obtener los datos suficientes sobre los hechos objeto de investigación y que permiten formular una denuncia o elaborar un atestado policial en condiciones. En asuntos complejos como el que nos ocupa no puede sorprender esta manera de actuar, siempre que no se vulneren derechos del interesado, lo que hasta donde conoce la Sala no ha ocurrido en este caso. Las actuaciones a que se refiere la cuestión planteada están en el tomo 1 del procedimiento y en efecto se aprecia que el informe policial que inicia la investigación (folio 93) se refiere a una denuncia anónima, supuestamente de un empleado de la propia Fundación. Sin embargo, lo único que provoca esta denuncia inicial es el inicio de una investigación policial sobre lo que viene ocurriendo en Anesvad, actuación investigadora que se centra durante varios meses en la información que obra en registros públicos sobre cuentas y patrimonio de la fundación y de las personas afectadas por la denuncia, lo que en nuestra opinión no puede cuestionarse.

El hecho de que se trate de un denunciante anónimo, en este contexto de diligencias de investigación, no puede entenderse contrario a la legalidad, siempre y cuando se realice después toda una actividad judicial y que la prueba que deba finalmente valorarse se ajuste a las exigencias de la ley procesal sobre el conocimiento de la identidad de los testigos, o la posibilidad de su cuestionamiento, como así ha ocurrido en este caso en la extensa prueba llevada a cabo en la fase instructora y en el acto del juicio oral. Puede citarse en este sentido la STS de 12 de Noviembre del 2007 ( ROJ: STS 7233/2007) en la que se afirma que “estas denuncias anónimas solo pueden servir para iniciar unas diligencias policiales en averiguación de la verdad de lo denunciado”. A lo dicho hasta aquí debe unirse el hecho de que a lo largo del juicio se escuchó el testimonio de varios trabajadores sobre cómo se habían conocido los primeros datos de las apropiaciones que se venía produciendo en la Fundación Anesvad, con lo que la supuesta indefensión del acusado es difícil de entender, pues la defensa pudo interrogar de manera extensa a los que participaron en ese primer momento de descubrimiento de datos denunciados, y pudo cuestionar su credibilidad o la fuerza de su testimonio, como así hizo.

d) En un sentido similar, también cuestiona la investigación realizada por el Ministerio Fiscal en sus diligencias informativas, pues entiende que se realizó sin conocimiento del Sr. Gamarra. En nuestra opinión, no puede cuestionarse la posibilidad legal de que se lleven a cabo estas diligencias de carácter informativo por el Ministerio Fiscal, antes de formular en su caso una denuncia, pero además en este caso su contenido se limitó fundamentalmente a requerir información a la Hacienda Foral sobre las cuentas de la Fundación Anesvad o del propio Sr. Gamarra. El hecho de que paralelamente se hubiera iniciado un procedimiento de inspección tributaria sobre el Sr. Gamarra, debido a que no aparecía como declarante a pesar de la titularidad de varias cuentas bancarias, no nos parece que afecte en absoluto a la validez de este procedimiento, pues las indagaciones



que se iniciaron por el Ministerio Fiscal se realizaron con la finalidad de centrar posibles hechos delictivos objeto de su denuncia y se basaron en las cuentas bancarias, no en lo manifestado supuestamente por el Sr. Gamarra en esa inspección tributaria. Esta investigación de cuentas, que finaliza con un informe de marzo de 2007, viene seguida de la comunicación que realiza el Ministerio Fiscal al Juzgado de Instrucción pidiendo que estos posibles hechos delictivos se incluyan en la instrucción iniciada a raíz de la autodenuncia del Sr. Sustacha y Martínez, y en ese momento se dan por finalizadas las Diligencias informativas penales. La Sala no aprecia la indefensión a que se refiere el letrado, pues no puede exigirse a la Fiscalía que hubiera citado a declarar al Sr. Gamarra antes de marzo de 2007, ya que es en esa fecha cuando recibe la información de cuentas bancarias que es el núcleo de su investigación previa a la denuncia. Y en todo caso, vistas las actuaciones, el Ministerio Fiscal respetó escrupulosamente lo dispuesto en el art. 773,2 de la LECrim y en cuanto tuvo conocimiento de la incoación de un proceso penal que pudiera versar sobre los mismos hechos, cesó en tales diligencias.

e) Plantea el letrado de la defensa que se ha producido una vulneración del principio de inmunidad de jurisdicción, puesto que se han investigado las cuentas del Consulado General de Filipinas y por lo tanto aquellas actuaciones que afectan a tales cuentas serían nulas de pleno derecho.

Lo primero que debemos señalar es que nos remitimos íntegramente a los razonamientos que contiene el auto dictado por el Juez Instructor en fecha 6 de noviembre de 2007 (folio 2299), por el que desestima el recurso de reforma frente a la petición de que no se pidiera dato alguno sobre las cuentas del Consulado, por entender la parte que gozaban de inmunidad de jurisdicción. Debe añadirse que este auto devino firme y que la cuestión quedó resuelta ya en ese momento procesal. En todo caso, nos remitimos a su fundamentación porque aborda la cuestión desde dos puntos de vista que consideramos acertados: en primer lugar, y dado que no se está reclamando una inmunidad de jurisdicción para el imputado Sr. Gamarra y dado que éste ya no es cónsul honorario de Filipinas (desde que fue cesado en tal cargo, como obra al folio 2298), es muy cuestionable que pueda solicitar una inmunidad sobre cuentas del Consulado, correspondiendo tal legitimación únicamente al Estado de Filipinas; y en segundo lugar, nos remitimos a tal argumentación en lo relativo a que la inmunidad de jurisdicción deba entenderse como absoluta, sino que puede tener un carácter relativo, pudiendo los jueces delimitar aquellos bienes de las oficinas consulares "que estén destinados al desenvolvimiento de actividades en las que dicho estado actúa de la misma manera que un particular, sin hacer uso de su potestad de imperio". (la STC 107/1992 a la que hace referencia el letrado distingue entre inmunidad de jurisdicción y de ejecución y hace referencia a un supuesto muy particular de ejecución de sentencias en materia laboral que nada tiene que ver con lo que aquí tratamos, pero aún así señala que "el ordenamiento internacional ha evolucionado a lo largo de este siglo hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad, que habilita a los Tribunales nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado. La distinción entre actos "iure imperii" y actos "iure gestionis", por compleja que pueda ser su concreción en

casos concretos y por diverso que sea su desarrollo en la práctica de los Estados y en las codificaciones internacionales, se ha abierto paso como norma internacional general.”)

En este sentido, añadimos nosotros, la única comunicación que consta procedente de la Embajada de Filipinas está al folio 2681 de la causa y en ella el Estado Filipino indica que a los cónsules honorarios no se les exige abrir una cuenta bancaria y sólo están autorizados a cobrar cuotas consulares, debiendo remitirlas a las embajadas que les supervisan. Lo único que solicita el Gobierno filipino es la exención de órdenes de embargo del dinero procedente de las recaudaciones consulares ingresado en la cuenta bancaria del Consulado General de Filipinas. Como se ve, el Gobierno filipino no pone impedimento alguno a que se investiguen las cuentas a nombre del Consulado, desvinculándose incluso de la existencia de tales cuentas.

Esta comunicación del Estado filipino delimita su postura respecto a esta investigación y elimina cualquier duda sobre la validez de las actuaciones practicadas respecto a las cuentas que abrió el Sr. Gamarra a nombre del Consulado y que utilizó, como veremos, para la ejecución del delito que se le imputa. En este sentido solo recordaremos que incluso la inmunidad de jurisdicción es renunciable con arreglo al Convenio de Viena, ratificado por la República de Filipinas en el año 65 , y aunque no estemos exactamente ante una renuncia, la delimitación que supone la postura del Gobierno filipino respecto a este caso, no deja duda alguna sobre la validez de lo actuado.

f) Finalmente, el letrado de la defensa planteó que debe apreciarse la prescripción respecto a todos los actos anteriores a marzo de 1997, puesto que el plazo de prescripción aplicable sería de 10 años.

El argumento también debe rechazarse, puesto que según el art. 132 CP en los casos de delito continuado el plazo debe computarse “desde el día en que se realizó la última infracción”. La cuestión no admite interpretación alguna vista la claridad del precepto y ha sido además refrendada en STS como la de 18 de febrero de 2004, la de 7 de junio de 2006 o la más reciente de 16 de Diciembre del 2010 ( ROJ: STS 7752/2010) en la que la defensa también pretendía que se excluyeran los actos correspondiente a una época inicial, y con este argumento de la continuidad delictiva el TS desestima la pretensión.

Por lo tanto, aquí no pueden excluirse aquellas operaciones que están en el relato fáctico y que tienen una fecha anterior a marzo de 1997. Se trata en concreto de los 204.344,12 euros que el Sr. Gamarra retiró de la cuenta 1 y que se destinaron al pago de la compra de su vivienda habitual en la Gran Vía 56 de Bilbao en febrero de 1996, así como de un cheque de 30 de octubre de 1996, por importe de 42.070,85 euros librado contra la cuenta 1, e ingresado en la cuenta C-3, cuyo titular era el Consulado General de Filipinas. Ambas están en la misma dinámica comisiva, forman una continuidad delictiva con el resto de actuaciones reflejadas y por lo tanto la prescripción respecto a ellas es la del delito continuado que es objeto de la acusación y que, como hemos visto, debe contarse desde la última operación, que en este caso es mucho más reciente, llegando hasta el año 2006.

**SEGUNDO.-** Sobre el análisis de prueba y de los hechos probados.

Como puede apreciarse en la lectura de los hechos probados de esta sentencia, la Sala tiene la convicción de que José Luis Gamarra Aranoa distrajo o desvió una serie de fondos que pertenecían, o gestionaba, la Fundación Anesvad, a la que accedían por medio de los donativos que efectuaban diferentes personas a la misma, y que los destinó a fines distintos de los previstos para tales fondos según los estatutos sociales de la Fundación, haciéndolo en perjuicio de Anesvad y en beneficio propio o de terceros.

Para comenzar con el análisis de esta operativa, que se desarrolló durante varios años, en los que el Sr. Gamarra fue el presidente de la Fundación Anesvad, debemos fijar nuestra atención en la parte inicial del relato de hechos, en la que se explica que había una serie de cuentas bancarias que quedaron fuera de la contabilidad de Anesvad. Como puede verse, desde estas cuentas se produjeron después traspasos a otras ya titularidad del Consulado de Filipinas, y posteriormente a la cuenta de inversión del BSCH de titularidad única y exclusiva del Sr. Gamarra. Y durante el proceso, y de todas ellas, se produjeron diversas disposiciones de fondos, que ya han sido relacionadas y que dado el origen opaco de las cuentas y fondos iniciales, nunca quedaron reflejadas en la contabilidad de la Fundación.

Como puede verse, las dos cuentas iniciales que quedaban fuera de la contabilidad de Anesvad y desde las que se realizaron tales traspasos de fondos eran la cuenta que hemos denominado cuenta 1 a nombre inicialmente de la Leprosaría de Culión y la cuenta A, que inicialmente estuvo a nombre de la Misión de China.

**El análisis de estas dos cuentas, de su naturaleza y, en definitiva, la conclusión sobre si debían estar o no incluidas en la contabilidad de la Fundación, es el núcleo esencial de esta sentencia.** Las Acusaciones sostienen que ambas cuentas se nutrían de donativos que diversos ciudadanos realizaban a la Fundación Anesvad, y sostienen también que la Leprosaría de Culión y la Misión de China eran dos proyectos más de Anesvad, por lo que no había razón alguna para que los fondos recibidos para tales proyectos quedaran sin contabilizar. La Defensa del Sr. Gamarra sostiene, por el contrario, que Leprosaría de Culión y Misión de China tienen un origen muy anterior al nacimiento de la propia Fundación, que eran dos Procuras (o encomiendas de gestión) de la Compañía de Jesús, y que la persona que estaba encargada de la gestión de ambas Procuras era el Sr. Gamarra, por lo que no había razón alguna para que los fondos de ambas cuentas estuvieran incluidas en la contabilidad de Anesvad.

La diferencia, como ya hemos dicho, es esencial, puesto que si aceptáramos la tesis de la defensa y dado que el Sr. Gamarra tendría encomendada por los Jesuitas la gestión y administración de tales cuentas, todo lo realizado en ellas (y sus movimientos posteriores) quedaría fuera del control de Anesvad (y sujeto únicamente a los términos de la Procura fijados por la Compañía de Jesús), y no podríamos hablar de una actuación delictiva, no al menos en los términos que se formulan en los escritos de acusación.

Sin embargo, la Sala tiene la convicción de que ambas cuentas (la cuenta 1, a nombre de Leprosaría de Culión y la cuenta A, a nombre de Misión de China) **debían estar**

**incluidas en la contabilidad de Anesvad** y que el acusado Sr. Gamarra las empleó para desviar fondos de la Fundación de los fines para los que estaban destinados. Llegamos a esta conclusión por los siguientes elementos probatorios:

a) La versión de la Compañía de Jesús y la documentación sobre las Procuras. El propio acusado Sr. Gamarra aportó con su declaración judicial (folios 345 y ss) una escritura de apoderamiento de fecha 24 de mayo de 2005 en la que se hacía constar que “la Fundación Anesvad representa en España a la Procura de la Misión de China de la Compañía de Jesús así como a la Procura de la Leprosería de Culión” y en la que la Fundación Anesvad otorgaba poderes a favor de su Presidente Sr. Gamarra para ejercitar las facultades que asimismo se hacen constar en el poder. Para acreditar que la Fundación Anesvad representa a ambas Procuras de la Compañía de Jesús, se acompaña en la propia escritura dos documentos, uno de ellos firmado por el Padre Zuloaga, Delegado del P. General para el Apostolado Chino, y fechado en el año 1990, en el que se indica que “Anesvad es responsable para dirigir la Procura de la Misión de China...realizando cuantas actividades fueran convenientes con el fin de obtener fondos para el Apostolado Chino”; el otro documento está firmado por el Padre Elías Royón, Provincial de España de la Compañía de Jesús, y fechado en 1993, y en él se confirma que “la Procura de la Leprosería de Culión es una entidad eclesiástica a través de la cual la Fundación Anesvad realiza sus fines propios... por lo tanto, la Procura queda amparada y comprendida a todos los efectos en la personalidad jurídica conferida a la Fundación Anesvad”.

Hemos querido reproducir literalmente estos fragmentos de ambos documentos porque son utilizados por el Sr. Gamarra para sostener que las Procuras eran entidades independientes de Anesvad y que ello justificaba que sus cuentas no estuvieran incluidas en la contabilidad de la Fundación. (Consta en la documentación bancaria de la causa que las dos cuentas iniciales a las que nos estamos refiriendo han tenido como titulares a jesuitas concretos, así la cuenta 1 ha tenido al Hermano José Luis Ruiz de Ruiz como titular hasta el año 2003, y la cuenta A ha tenido como titular durante varios años al Padre Ismael Zuloaga Goti). Sin embargo, la dicción literal de los citados documentos no permite extraer esta conclusión: por el contrario, la Compañía de Jesús confirma en ambos que quien es responsable de realizar lo necesario para captar fondos para ambas Procuras y para gestionarlos es Anesvad. Incluso la aportación de un poder que otorga Anesvad al Sr. Gamarra en relación a ambas Procuras (y nótese que en todo caso es del año 2005), lo único que acredita es precisamente que la responsabilidad de esa gestión era únicamente de la Fundación Anesvad. Hasta este punto nada justifica que hubiera unas cuentas opacas para ambas Procuras, ni que sus movimientos quedaran fuera de la contabilidad oficial de Anesvad.

Pero es que, además, pudimos escuchar en el acto del juicio oral al autor de uno de los documentos citados, el Padre Elías Royón, Provincial para España de la Compañía de Jesús hasta el año 1998, que reconoció haberlo escrito y explicó con claridad que la obtención de fondos y la responsabilidad de la gestión correspondía a Anesvad. También explicó, y esto es relevante, que la Compañía de Jesús nunca tuvo ningún control sobre la actividad económica de Anesvad en relación a las Procuras y añadió que él nunca tuvo tal control. Además, se refirió a la desaparición de la Delegación de

China en el año 1991 y confirmó que al menos en el año 2002 la Procura de Misión de China había desaparecido.

Compareció también en el juicio oral el Padre Isidro González, que fue Provincial para España de la Compañía de Jesús desde el año 1998 al año 2004, y señaló igualmente que “quien entendíamos que debía aportar los fondos para Leprosería de Culión era Anesvad”, explicó además que el Hermano Ruiz nunca estuvo destinado en Culión ni tenía nada que ver con la Procura de Culión, y que concedores de la implicación que tenía el Hermano Ruiz con Anesvad, “que entendían como algo estrictamente personal y privado”, se plantearon en el año 2002 “exigirle que dejara esa implicación”. Conviene añadir que el Padre González confirmó también que desde el año 2002 la Compañía de Jesús deja públicamente claro que no tiene ninguna vinculación institucional con Anesvad, por diversos problemas que habían surgido en torno a la actuación de la Fundación (que no fueron aclarados por el testigo) y que por ello se publicó la carta de enero de 2002 que consta al folio 1411 de las actuaciones, añadiendo 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.

Estas manifestaciones no hacen más que confirmar que era Anesvad la responsable de la gestión y de la captación de fondos para las dos Procuras, y además confirman que la Procura de China dejó de existir como tal al menos desde 2002, lo cual deja sin justificación el argumento del acusado, y confirman también que nada justificaba que se llevara una contabilidad separada de ambas cuentas iniciales, ni que tal contabilidad fuera controlada en exclusiva por el Sr. Gamarra (siendo incierto que el acusado diera cuenta directa a los Jesuitas), y nada justificaba, en definitiva, que tales cuentas no estuvieran en la contabilidad oficial de la Fundación.

Debemos añadir que el acusado ha presentado una serie de documentos (folios 353 y ss) que supuestamente son cartas que ha enviado en estos años el Hermano Ruiz de Ruiz (hoy fallecido) al Sr. Gamarra y en las que, al parecer, se da por informado de varios de los movimientos de las cuentas de Leprosería de Culión, pudiendo extraerse de las mismas que el Hermano Ruiz (en nombre de los Jesuitas) controlaba y autorizaba las gestiones que sobre tales fondos venía realizando el acusado Sr. Gamarra. La Sala tiene serias dudas de la autenticidad de tales documentos. En primer lugar, porque al folio 1732 de las actuaciones consta un informe de la Sección de la Policía Científica de la Ertzaintza, ratificado en el juicio, en el que se hace constar que no puede analizarse su autenticidad porque no son originales (los textos están mecanografiados y las firmas “se hallan impresas mediante técnicas de impresión denominadas como TONER”), en segundo lugar porque se hallaron en el registro de la sede de Anesvad unos fotolitos con las firmas del Hermano Ruiz y del Padre Zuloaga entre otros, que según dice el informe de la Policía Científica “tampoco son originales (manuscritos) y se utilizan habitualmente para dar traslado de una firma de un sitio a otro”. Estas dos manifestaciones del informe pericial, junto con el contenido de las propias cartas, que hacen ver un control directo de las cuentas por parte del Hermano Ruiz, lo que ha sido categóricamente desmentido por sus superiores (los dos Provinciales de la Compañía de Jesús al tiempo de los hechos), hace que la Sala considere que tales cartas no tienen

valor probatorio alguno. Sólo añadiremos que la declaración de la colaboradora del Hermano Ruiz, Dña. Eulalia García, nada aporta en nuestra opinión, pues se limitó a indicar que la caligrafía de la firma era la del Hermano Ruiz, lo que desde luego sería compatible con el uso de unos fotolitos de traslado de firmas desde otros documentos auténticos.

b) Naturaleza de los fondos que nutrían ambas cuentas iniciales. El Sr. Gamarra sostiene que, por tratarse de cuentas dedicadas en exclusiva a las Procuras de Culión y Misión de China que él gestionaba directamente con los padres Jesuitas, los donativos que las nutrían eran precisamente los destinados a ambos proyectos, siendo únicamente en estas cuentas donde debían ingresarse. Pero esto no es cierto.

Consta en la documentación obrante en la causa y en particular en uno de los informes (folio 4311) que emite el actuario Francisco Javier Sagastiberri, designado en funciones de auxilio judicial, así como en la documentación que se une a la causa en los anexos a sus diversos informes, que los donativos de los que se nutrían ambas cuentas, además de ser muy numerosos, eran de naturaleza variada, tanto relacionados con los proyectos de Leprosería de Culión o Misión de China, como con las campañas ordinarias o extraordinarias de Anesvad, como donativos genéricos a la Fundación.

Debemos constatar que en sentido contrario, es decir, en las cuentas sí contabilizadas por Anesvad (BBVA-Fundación y BSCH-Fundación), también había donativos destinados a Leprosería de Culión y Misión de China, tal como puede comprobarse a los folios 4424 y ss.

c) Las manifestaciones de los coacusados Sres. Sustacha y Martínez. Al tiempo de los hechos eran Director General y Director Financiero respectivamente y en sus manifestaciones (folios 1071 y 1294, así como en el acto del juicio) confirman en este punto que Anesvad realizaba proyectos tanto para la Leprosería de Culión como para la Misión de China, y que realizaba campañas expresamente destinadas a tales proyectos, señalando que ellos tenían constancia de tales ingresos y proyectos porque estaban incluidos en la contabilidad de Anesvad. No fueron muy precisos sobre el conocimiento que tenían de la existencia de una cuentas no contabilizadas, atribuyéndolas el Sr. Martínez al Consulado de Filipinas, o llegando el Sr. Sustacha a negar en juicio el conocimiento de su existencia, a preguntas de la defensa de Gamarra, pero lo que confirmaron fue que los proyectos citados se financiaban en lo que ellos conocían con fondos contabilizados de Anesvad y que los donativos recibidos para tales proyectos se dedicaban a esa finalidad, lo cual contribuye a desmontar el argumento de la defensa del Sr. Gamarra, pues desmiente la tesis de que los proyectos citados debieran gestionarse aparte y solo controlados por él.

d) Los boletines de suscripción de Anesvad. Como venimos diciendo, si nos guiamos por la versión ofrecida por el Sr. Gamarra, las cuentas I y A, de Leprosería de Culión y Misión de China, se nutrían de donativos destinados específicamente a estos proyectos y nada tenían que ver con Anesvad, pues su relación se establecía directamente con la

Compañía de Jesús. Además de lo dicho hasta ahora, esta versión de los hechos se ve desmentida por los boletines de suscripción que aportó la Acusación Particular a la causa al inicio de la vista oral. En ellos puede apreciarse que se trata en efecto de boletines de Anesvad (el anagrama no ofrece dudas y la carta a la que acompañan tampoco), tanto para campañas ordinarias de captación de donantes de Anesvad, como de Navidad o dirigidas a otros proyectos, y en ellos se ofrece al donante diversas maneras de realizar su aportación, siendo una de ellas el ingreso en la cuenta 1, a la que denominan Leprosaría de Culiòn, hasta septiembre de 2002 y después se designa la cuenta 2 (con el mismo nombre comercial) ya en septiembre de 2003. Del mismo modo, consta alguno de los boletines (el numerado como 22) en el que solicitan fondos para un proyecto distinto, "Úlcera de Buruli", en septiembre de 2004, y sin embargo designan la cuenta nº 2 cuya titularidad ya indican que es Leprosaría de Culiòn, y todo ello por supuesto con el anagrama de Anesvad. Es decir, se ofrecían como forma de pago las cuentas opacas para la aportación a proyectos diversos, no sólo los dos citados, y para campañas ordinarias o extraordinarias de Anesvad.

Observando esta documentación, lo que concluye la Sala es que se confirma que Culiòn y China eran dos proyectos de Anesvad, eran gestionados por la Fundación y contabilizados sus ingresos (siempre que el donante utilizara cualquiera de las otras dos formas de pago previstas en los boletines). La operativa de Anesvad respecto a estos dos proyectos no ofrece diferencia alguna si la comparamos con la captación de fondos general o para otros proyectos. La única diferencia real es que el acusado, al mandar incluir este número de cuenta en los boletines (el de Leprosaría de Culiòn, no contabilizada), se aseguraba unos fondos que no aparecerían en la contabilidad y que iban directamente a las cuentas en las que él era autorizado, lo que le permitía emplear los fondos sin control alguno.

e) La forma de pago de los proyectos. El Sr. Gamarra ha sostenido en sus diversas declaraciones, como manera de justificar la salida de fondos de las cuentas citadas, y así lo indicó en el acto del juicio, que los pagos para los proyectos de Culiòn y China debían realizarse muchas veces en metálico, llevando maletines con dinero en efectivo y que como podía ser peligroso mandar dinero por transferencia a Manila, o llevarlo en maletines, se recurrió a las cuentas del Consulado. Esta versión justificaría los cambios de titularidad de las cuentas iniciales (1 y A), que pasaron a ser cuentas del Consulado General de Filipinas. Pero queda desmentida reiteradamente por varios de los trabajadores de Anesvad, implicados en la gestión o ejecución de los proyectos, que conocían y participaron de los mismos y que negaron categóricamente que se llevara el dinero en maletines, indicando todos ellos que se pagaban los proyectos por transferencia, que se justificaban los envíos, y que se justificaban los gastos en que incurrían los trabajadores si tenían que viajar, aunque disponían de una Visa de la Fundación, y en definitiva que no les consta a ninguno de ellos el manejo de dinero en efectivo en relación con los dos proyectos citados, ni desde luego se refirieron a la intermediación del Consulado de Filipinas para realizar pago alguno. Así lo indicaron por ejemplo el Sr. Castro Mosquera, director de proyectos, el Sr. Surja, que fue responsable de proyectos cofinanciados durante varios años, el Sr. Beitia Lolo, empleado en el área de proyectos y responsable de Asia, el Sr. Sanz Repecho, que

trabajó en el área de contabilidad, e igualmente el Sr. Fernández Apellaniz, que se ocupó de la contabilidad desde el año 2007.

Todos los puntos que hemos expuesto nos llevan a concluir que no es cierto que existiera una justificación para que las cuentas iniciales (cuenta 1 y cuenta A, a nombre de Leprosaría de Culi6n y Misión de China, y todos los traspasos posteriores que experimentaron hasta llegar a la cuenta 5) quedaran fuera de la contabilidad de la Fundación Anesvad. Se nutrían por el contrario de donativos realizados a la Fundación y por ello debían tener el mismo tratamiento que aquellos donativos que se efectuaban en las cuentas que sí estaban contabilizadas.

Partiendo de esta consideración que hemos expuesto, es decir, que las dos cuentas iniciales debían estar incluidas en la contabilidad de Anesvad, lo que consideramos acreditado y así se ha reflejado en el relato de hechos probados, es que el Sr. Gamarra realizó una serie de movimientos, disposiciones y extracciones que, como veremos en el siguiente fundamento de derecho, supusieron la salida incontrolada de fondos propios de la Fundación y su destino a fines distintos de los fines sociales de Anesvad y en definitiva, la comisión de un delito continuado de apropiación indebida.

### **TERCERO.-** Sobre las operaciones concretas.

En cuanto a las **operaciones concretas** que se consideran acreditadas, se han distribuido siguiendo el esquema que realizan las acusaciones sobre la base de los informes periciales llevados a cabo en la causa, en varios grupos:

- cantidades provenientes de las cuentas no contabilizadas por Anesvad, de las que dispuso el Sr. Gamarra para fines distintos a los de la fundación. (hecho A)
- cantidades provenientes de tales cuentas no contabilizadas de las que dispuso el Sr. Gamarra para fines propios o de terceros. (hecho B)
- cantidades provenientes de las cuentas que sí figuraban contabilizadas de las que dispuso el Sr. Gamarra para fines particulares. (hecho C)
- cantidades que el acusado Sr. Gamarra extrajo de las cuentas no contabilizadas y las destinó a inversiones propias. (hecho D)
- cantidades que el Sr. Gamarra incorporó a su patrimonio provenientes de una herencia donada a Anesvad por J.L.B. (hecho E)

Todos los movimientos quedan acreditados por los informes realizados por el testigo Sr. Sagastiberri, actuario que fue designado en funciones de auxilio judicial por el Juzgado Instructor y que llevó a cabo diversos análisis e investigaciones de naturaleza financiera, que obran en la causa a los folios 737 (abril de 2007), folio 1636 (julio de 2007), folio 2688 (enero de 2008), folio 4311 (octubre de 2008), y folio 4853 (enero de 2009), junto con toda la documentación y anexos que hace constar en cada uno de tales documentos y que obran en la causa. El Sr. Sagastiberri se ratificó en el acto del juicio en todos los informes citados y en las investigaciones realizadas sobre las diferentes cuentas, sus movimientos y su reflejo en la contabilidad, y las partes tuvieron ocasión de plantearle las cuestiones que consideraron oportunas sobre su investigación. Además, estos extremos



quedan acreditados por el informe emitido por los dos peritos designados por el Juzgado de Instrucción Sres. Bouso y Larrucea, elaborado sobre la base de toda la documentación anterior, informe que obra al folio 5168 de la causa, en el que se hace una valoración general y final de todas las cantidades objeto de apropiación, así como de las cantidades que han sido reintegradas por cada uno de los imputados. En este informe se ratificó uno de sus autores Sr. Larrucea en la vista oral, considerando esta Sala que sus conclusiones acreditan los extremos que hemos reflejado en el relato fáctico.

Además, una parte relevante de las disposiciones de fondos que hemos reflejado arriba, quedaron confirmadas por la prueba testifical practicada en la vista oral. Así ocurre con las entregas de cheques a los empleados del departamento de logística, que fueron confirmadas por tales empleados, o con los diferentes beneficiarios de los préstamos o gratificaciones que efectuó el Sr. Gamarra con el dinero de tales cuentas, que confirmaron uno a uno las cantidades recibidas, y su devolución total o parcial en el caso de los préstamos.

A pesar de esta actividad probatoria que se produjo en el acto de la vista (de carácter técnico o testifical), nos parece relevante hacer ciertas consideraciones sobre algunos de los movimientos y de las operaciones, que fueron discutidas expresamente por el Sr. Gamarra. El letrado defensor aclaró que no cuestionaba de manera expresa el resto de los apuntes contables concretos puesto que su argumento fundamental de defensa era la naturaleza de los fondos correspondientes a Leprosería de Culion y Misión de China, cuestión sobre la que ya hemos tratado.

La primera operación que cuestionó el letrado se refiere a la **compra de la vivienda del Sr. Gamarra**, sita en la calle Gran Vía 56 de Bilbao, que hemos incluido en el hecho B,1 del relato. La Sala ha considerado acreditado que el 6 de febrero de 1996 se retiraron de la cuenta 1, no contabilizada, 204.344 euros que se destinaron al pago de esta vivienda. Así lo extraemos del informe emitido por el Sr. Sagastiberri y en el que se ratificó en el acto del juicio y en concreto en el folio 4609 de los autos en que dedica un capítulo específico a esta compra. Igualmente se refirieron a esta compra, realizada con fondos que debían haber sido contabilizados en Anesvad, los peritos judiciales al folio 5184, ratificándose igualmente en juicio. Por la defensa se alega que se realiza esta compra porque posteriormente, el cinco de febrero de 2007, el Sr. Gamarra donaría a Anesvad un piso que poseía en la calle Henao, 19,4º de esta capital. Sin embargo, se trata de viviendas distintas, no está aclarada la relación entre ambas, ni tenemos constancia suficiente de que la desviación de fondos a la que nos estamos refiriendo quede justificada por esta otra operación. El coacusado Sr. Sustacha ha manifestado en su declaración, a preguntas de la Acusación particular, que este piso de la Calle Henao lo compró Anesvad (lo que se confirma con el acta del Patronato de esa fecha, doc. 26 de los aportados por la Acusación al inicio del juicio) y señaló que él entendía que era para el Sr. Gamarra, y que después el Sr. Gamarra lo donó a Anesvad, manifestaciones que estarían confirmando que estamos ante operaciones distintas que afectaban a inmuebles distintos y sin relación entre ellas. Frente a ello, la Sala atenderá al contenido de los informes citados, pues los peritos han tenido acceso a toda la documentación relativa a cuentas y propiedades del Sr. Gamarra y

confirman la extracción de fondos de las cuentas no contabilizadas para la compra de la vivienda actual del acusado.

La segunda operación que el letrado de la defensa cuestiona es el hecho que hemos reflejado en el **apartado C del relato fáctico** y que se refiere a las cantidades de las que dispuso el Sr. Gamarra y que se encontraban en **las cuentas del BBVA y del BSCH sí contabilizadas por Anesvad**. Se trata de diversas disposiciones, realizadas todas ellas mediante cheque, y que sumaban una cantidad total de 300.258 euros.

La valoración de estas extracciones tiene una doble relevancia: por una parte, en cuanto afecta a la cifra total desviada o dispuesta indebidamente por el Sr. Gamarra, y por otra parte, en cuanto tiene relación con la cantidad que prestó al Sr. Sustacha, puesto que en el informe pericial presentado a instancia de la defensa se indica que esta cifra precisamente supuso la compra de sellos por parte de Anesvad al Sr. Gamarra, que disponía de una colección privada. Así, según dice la defensa, como el dinero de la restitución a Anesvad había salido de la cuenta 5, que también era de donantes, la forma de resarcir esta cuenta 5 era que el Sr. Gamarra donara los sellos a Anesvad y desde las cuentas de Anesvad se pagara a la cuenta 5. Así, quien realmente soportaba la cantidad era el Sr. Gamarra, y a quien el Sr. Sustacha debía devolver la cantidad prestada no era a Anesvad, sino al Sr. Gamarra, que finalmente se había deshecho de su colección de sellos para cubrir lo extraído de la cuenta 5 de Culión y China.

La primera reflexión que nos hacemos es que todo el planteamiento de la defensa sobre este punto resulta algo confuso. Y no hay prueba que lo sustente.

Comenzaremos diciendo que lo acreditado respecto a estas cantidades es lo reflejado, es decir, las tres extracciones de fondos de la cuenta del BBVA contabilizada, entre septiembre y diciembre de 2005, por un importe total de 253.810 euros y las dos extracciones del BSCH realizadas en noviembre por un importe total de 46.698 euros. Así lo acredita el informe elaborado por el Sr. Sagastiberri y que obra al folio 2688 (en concreto aborda este tema en los folios 2737 y ss). Según este informe quedan acreditadas todas estas extracciones, realizadas mediante talón, y en el caso de las del BBVA queda acreditado su ingreso en la cuenta 5 y su traspaso posterior a la cuenta C-2 del Consulado de Filipinas, y en el caso de las dos extracciones del BSCH, su ingreso directo en la cuenta C-2 del Consulado. Además, se indica que contablemente y desde septiembre de 2005 se crea la cuenta "liquidación de proyectos finalizados" que serviría para atribuir estas cantidades a diversos proyectos que realizaba Anesvad. Pero el informe señala (folio 2719) que no hay soporte documental alguno para considerar que estas cantidades se atribuyeran a proyectos concretos, siendo una realidad que estas cantidades terminaron en la cuenta 5 y en la cuenta C-2, del Consulado de Filipinas (siendo el Sr. Gamarra su único autorizado), que nada tenían que ver con proyectos, ni con la propia Anesvad, puesto que estaban fuera de su contabilidad como hemos visto. Se trataría, sin más, de una manera nueva de apropiación realizada por parte del Sr. Gamarra, esta vez con dinero extraído de las cuentas sí contabilizadas de Anesvad.

Es aquí donde el letrado de la defensa, tomando como apoyo el informe pericial realizado por el Sr. Gomeza, introduce una versión nueva. Lo que indican es que estas cantidades se extrajeron para la compra de sellos. Así puede leerse con toda rotundidad en el informe pericial (folio 342 del rollo de sala) en el que el perito se ratificó en la vista oral. De hecho relaciona los folios concretos donde, según dice, consta esta compra de sellos. Pero comprobada tal documentación se trata de extracciones de las cuentas oficiales de Anesvad realizadas mediante talón y evidentemente no hacen referencia alguna a la compra de sellos. Como indicó el perito en el acto de la vista, él se basó en las manifestaciones que le realizó el propio Sr. Gamarra, lo cual es perfectamente lícito, pero no aporta mayor valor probatorio.

Añadiremos que, sin embargo, sí hay una documentación que avalaría una compra de sellos por dos cantidades concretas de las extraídas de las cuentas, en concreto por 16.297 euros (22 de septiembre de 2005) y 1.391,12 euros (el 17 de noviembre de 2005). Se trata de documentos privados que obran en la causa y que hacen constar que el Sr. Gamarra aporta los sellos a la Fundación.

Sin embargo, la Sala comparte con el actuario Sr. Sagastiberri que no es creíble esta venta y que cabe dudar seriamente de que los documentos sobre venta de sellos respondieran a una operación real, existiendo sospechas firmes de que estos documentos se realizaron posteriormente para justificar parte de estas salidas de dinero de las cuentas de Anesvad.

Decimos esto porque, si los 300.508 euros se deben a compra de sellos de la “colección privada” que el Sr. Gamarra 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. Gamarra, 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. Gamarra presta el dinero al Sr. Sustacha (para que lo devuelva a Anesvad), como el Sr. Gamarra no tiene dinero, lo saca de la cuenta nº 5 (la de las Procuras de Culió 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. Gamarra que debía reintegrar lo prestado al Sr. Sustacha, 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. Gamarra 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. Sustacha con dinero de Cullion 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 Cullion y China eran ajenas a Anesvad y gestionadas por el Sr. Gamarra 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. Gamarra 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. Sustacha, 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 al Sr. Sustacha, se ingresan por error por el Sr. Gamarra en la cuenta de Anesvad y que pretendían haberse ingresado en la cuenta 5 para resarcirla de lo prestado al Sr. Sustacha. Pero en la declaración de Andrés Ginés (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. Gamarra (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.

En cuanto al hecho E) del relato de hechos probados, **la apropiación de parte de las cantidades recibidas de la herencia de Don J.L.B**, hemos considerado acreditado que también forman parte de la apropiación. Las razones son las siguientes:

- Es un hecho acreditado que de la herencia recibida del Sr. José Luis Barrueta se da cuenta al Patronato de la Fundación, como puede apreciarse al folio 8415 de la documentación unida a los informes del Sr. Sagastiberri, pero nada se dice sobre esta cantidad de 983.000 euros de las cuentas suizas. Es también un hecho acreditado, como consta en la documentación de la herencia, que la beneficiaria era Anesvad y así lo ratificó en sus declaraciones el Notario Sr. Segura, albacea testamentario. Consta, sin embargo, que la cantidad de 983.000 euros que el causante tenía en cuentas suizas se transfirió, por indicación del Sr. Gamarra, a una cuenta abierta a su nombre en un Banco suizo.

- No se aprecia razón alguna para que la cuenta que abre el Sr. Gamarra para el ingreso de esta cantidad no esté a nombre de la Fundación y no figure en la contabilidad de la misma. Se alegan razones fiscales, pero no se concretan, y por el contrario han sido negadas por el Notario Sr. Segura, que en su declaración indicó que toda la cantidad estaría exenta de tributación. En todo caso, no se acierta a entender que para evitar esos problemas fiscales tal cantidad fuera puesta a nombre del Sr. Gamarra, que desde luego no era el beneficiario de la herencia, y a quien es de suponer que se le trasladarían de inmediato los problemas fiscales a los que hace referencia.
- En tercer lugar, nos parece relevante destacar la declaración testifical de Antonio Gómez Real, empleado del Banco de Santander que se trasladó desde Suiza para organizar la nueva cuenta del Sr. Gamarra a la que iría a parar esta cantidad. Este testigo señaló que no había dificultad alguna en abrir la cuenta en Suiza a nombre de una asociación o fundación y que expresamente el impreso lo permitía, que el Sr. Gamarra nunca intentó poner la cuenta a nombre de Anesvad, ni dijo que se tratara de un dinero de Anesvad, y le comentó que lo que pretendía era obtener mayor rentabilidad para su patrimonio, manifestándole, eso sí, que pensaba donar esa cantidad a Anesvad.

A nuestro modo de ver, la actuación del Sr. Gamarra respecto a esta cantidad se asemeja a la operativa que hemos visto que ha desarrollado en estos años respecto a cantidades muy considerables que pertenecían o debía gestionar Anesvad. Lo que ha venido haciendo es hacer opacas todas estas cantidades, extraerlas de la contabilidad de la Fundación y de este modo destinarlas a fines propios o de terceros, pero en todo caso ajenos a los fines sociales y humanitarios de la Fundación y sin control alguno. Y esto es lo que ha hecho en el caso de la herencia mencionada, no computarla en la contabilidad, no dar cuenta de ella a la Fundación Anesvad y ponerla a su propio nombre.

Añadiremos que el letrado del Sr. Gamarra cuestionó dos operaciones más, que se han incluido en el relato fáctico. En primer lugar, mencionó la cantidad extraída de la cuenta 2, no contabilizada, y destinada a la compra del **vehículo de su sobrina**, Marta Sanz Gamarra (que incluimos en el hecho B, 8 del relato), de la que dijo que había sido fruto de un error y que se devolvió mes y medio después. Consideramos que la disposición de fondos ha sido acreditada y avalada por el informe pericial realizado en el procedimiento, lo mismo que lo ha sido el pago del vehículo, y no entendemos que pueda haberse debido a un error, pues se trata de una operación muy concreta, ajena a la gestión ordinaria, y no nos han explicado quién pudo confundirse (si el Sr. Gamarra 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 esta cantidad, ni coincide en el importe, ni en el tiempo, ni está avalado por ninguna otra prueba.

Por último, el letrado de la defensa cuestiona dos cheques nominativos librados contra la cuenta 2, no contabilizada, e ingresados (el 3 de enero de 2005 y 4 de enero de 2006) en una cuenta titularidad del acusado, que incluimos en el hecho A, 2 del relato, cantidades que sostiene la defensa que habían sido adelantadas por el Sr. Gamarra personalmente por la necesidad de abonar los **premios de lotería** a los ciudadanos que lo reclamaban y por

eso se traspasaron a una cuenta del Sr. Gamarra. Los coacusados Sr. Sustacha y Martínez han negado expresamente esta circunstancia, y no hay mayor prueba que la avale, y añadiremos que 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. Gamarra, 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.

La última mención sobre operaciones o cantidades concretas es una referencia breve sobre la **naturaleza de las cuentas del Consulado**, pues el letrado del Sr. Gamarra ha sostenido en algún momento la necesidad de su existencia para la ejecución de los proyectos en Filipinas o para la gestión de gastos del Consulado. Lo primero queda descartado por completo por las manifestaciones de los coacusados Sres. Sustacha y Martínez y de los empleados de Anesvad que se ocupaban de la gestión y ejecución de los proyectos, como hemos dicho arriba. Y en cuanto a lo segundo, la empleada del Consulado (Sra. García Robredo) explicó que los gastos eran mínimos, que no llegaban a los 1.500 euros, que hacían unas certificaciones de gastos ficticias, para enviar a la embajada, pero que ni siquiera pagaban alquiler a Anesvad (en cuyas oficinas trabajaban), y que sus ingresos por gestiones consulares no llegaban a los mil euros mensuales. Como se ve, estas cifras ni justifican la existencia de varias cuentas a nombre del Consulado, ni justifican los movimientos y fondos que las mismas han registrado en estos años, teniendo por nuestra parte la convicción de que han sido utilizadas para el propósito de apropiación delictiva que estamos analizando.

Para finalizar con el análisis de los hechos declarados probados en esta resolución y que constituyen la base para la imputación que se realiza, diremos que los hechos que se atribuyen al **Sr. Sustacha** y al **Sr. Martínez** han sido acreditados por sus propias manifestaciones, puesto que desde el principio del procedimiento han reconocido los mismos. Y si bien al principio no informaron de la cantidad total apropiada, posteriormente en sucesivas declaraciones y desde luego en el acto del juicio reconocieron las cantidades, las fechas y la mecánica de actuación para realizar las apropiaciones que hemos reflejado. Tales declaraciones vienen, además, confirmadas por el propio Sr. Gamarra, que relató haber sido informado por otros empleados de lo que estaba ocurriendo, y por los propios empleados que de manera directa descubrieron estos hechos, el Sr. Marcos García Rubio, y la Sra. Consuelo López Errazti, que comparecieron en la vista oral. Todas estas manifestaciones quedan avaladas, finalmente, por los informes del actuario Sr. Sagastiberri y por el informe de los Sres. Larrucea y Bouso.

**CUARTO.-** Sobre la calificación jurídica.

Los hechos declarados probados **respecto al Sr. Gamarra** son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida del art. 252 del Código Penal en relación con el art. 248, 249 y 250, 1ª y 5ª, 252, 2º y 74,1º del mismo texto penal. De este delito es responsable en concepto de autor el Sr. Gamarra por aplicación del art. 28 CP.

Como hemos visto arriba, y a rasgos generales, consideramos acreditado que durante estos años el Sr. Gamarra mantuvo una serie de cuentas fuera de la contabilidad oficial de la Fundación Anesvad y que las gestionó de manera personal, sin que existiera control alguno por parte de Anesvad, estando tales cuentas nutridas de donativos de socios o colaboradores de aquella, y que a lo largo de los años y mediante los traspasos y cambios de titularidad de las cuentas citadas, los fondos fueron destinados a fines diversos y ajenos a las finalidades propias de la Fundación. En opinión de la Sala, no hay duda de que esta manera de proceder constituye uno de los supuestos de apropiación indebida previsto en el art. 252 CP, en concreto la modalidad de distracción, que consiste precisamente en emplear el dinero recibido para su gestión o administración en fines distintos a aquellos para los que tal dinero estaba destinado, y todo ello en perjuicio de otro. En este caso, las cuentas iniciales a las que nos hemos referido se nutrían directamente de donativos para proyectos de Anesvad o de donativos genéricos para la Fundación. El Sr. Gamarra era el responsable de su gestión como Presidente, y a diferencia de otros ingresos de la Fundación, lo que hizo fue convertir tales cuentas en opacas, transferirlas a nombre de otros (Consulado General de Filipinas), y destinar los fondos a fines muy diversos (gratificaciones a empleados, préstamos, compra de coches a familiares o empleados, pago de gastos propios, ingresos en sus cuentas, inversiones...), haciéndolo en todo caso sin control alguno por parte de la Fundación o su Patronato, y sin que se destinaran los fondos a los fines propios de la Fundación Anesvad. Y todo ello, sin ninguna duda, con perjuicio para la propia Fundación.

En este sentido, y aunque la cuestión del encaje jurídico de la conducta no fue objeto de discusión específica en el juicio, citaremos dos referencias jurisprudenciales que avalan esta calificación para el caso que nos ocupa. Así la STS de 25 de Junio del 2009 ( ROJ: STS 4717/2009) "En conclusión, el texto del artículo 252 del vigente Código Penal , que tipifica el delito de apropiación indebida, se refiere no sólo a las acciones de apropiaciones de cosas muebles, sino también a la distracción de dinero. La jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo invariablemente que la distracción de dinero se explica como una hipótesis de administración desleal equivalente a la apropiación del dinero y que, consecuentemente, el que recibe dinero que según las obligaciones legales o contractuales que le incumben no los incorpora al patrimonio de la persona, física o jurídica, que tiene a su cargo, realiza el tipo penal, de la misma manera que si hubiera defraudado la suma incumpliendo sus deberes y perjudicando de tal modo el patrimonio administrado. Desde el punto de vista subjetivo el tipo de administración desleal de dinero (artículo 252 CP) sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial dirigida a fines diversos de los que fueron encomendados produciría un perjuicio al titular."

Y en un sentido similar la sentencia del TS del caso Gescartera (STS 13 de octubre de 2009) que incide en un punto que sí fue discutido por la defensa del acusado Sr. Gamarra y que es la ausencia de un beneficio patrimonial o enriquecimiento derivado del delito para el propio acusado. La sentencia citada indica que la segunda modalidad prevista en

el art. 252 CP “definida legalmente como distracción denota, en particular, las acciones consistentes en disponer, de manera abusiva, de cosas fungibles legítimamente poseídas con otro fin, causando un perjuicio. El objeto en este caso, es, claramente, no el papel moneda en su inmediata objetividad, que tampoco es lo que tendría que devolverse, sino el valor económico por él representado. Y el elemento subjetivo se satisface con la realización consciente del acto de disposición patrimonial desviado, aunque no fuera en beneficio propio, si se hizo a sabiendas de que con él se producía un perjuicio. (SSTS 841/2006, de 17 de julio, 762/2009, de 25 de junio y 835/2009, de 14 de julio).”

La defensa del Sr. Gamarra ha justificado la actividad realizada por el acusado en varias líneas de defensa:

1) Con carácter general cuestiona la acusación por dos motivos: primero, porque su argumento central de defensa es que tales cuentas correspondían a las Procuras de los Jesuitas y debían quedar fuera de la contabilidad oficial de Anesvad, y segundo, porque según dice, las acusaciones han venido a sostener en el juicio que se efectuó un engaño generalizado a los donantes de los proyectos de Anesvad, haciéndoles creer que estaban donando a Anesvad, y derivándoles en realidad a cuentas distintas y que por ello los hechos serían constitutivos de un delito de estafa, delito que no ha sido objeto de acusación, por lo que el Sr. Gamarra debería ser absuelto.

Pues bien, ya se ha abordado arriba que la Sala no considera acreditado que tales fondos fueran de las Procuras y debieran quedar fuera de la contabilidad y del ámbito de Anesvad, por lo que todos los movimientos realizados en ellas, y no contabilizados, constituyen una desviación ilegítima y punible, constitutiva del delito que nos ocupa. En cuanto al delito de estafa, las acusaciones nunca han sostenido que se engañara a los donantes y que tal engaño fuera relevante para que realizaran su aportación, y la Sala comparte que nada tiene que ver aquí el delito de estafa. De hecho, todas las comunicaciones de Anesvad que hemos analizado arriba (cartas de donantes en campañas ordinarias y extraordinarias) lo que trasladaban al eventual donante era que iba a realizar su aportación para Anesvad, y los donantes así lo hacían. Cosa muy distinta es que el acusado ideara la manera de dejar parte de los fondos de donativos fuera del control y del destino a los fines propios de Anesvad. No hay engaño, ni estafa posible, lo que hay es una distracción, una desviación de los fondos de los fines para los que son entregados, o donados en este caso.

2) Como segundo argumento, el letrado de la defensa ha alegado la justificación de varias de las extracciones, pagos efectuados, liberalidades o inversiones. Así, ha señalado que es probable que las cantidades que finalmente acabaron en cuentas del Consulado se debieran a gastos del propio Consulado, cuestión a la que ya nos hemos referido arriba. También ha sostenido que las liberalidades efectuadas respecto a varios empleados se debieron a que Anesvad no lo hacía y el Presidente Sr. Gamarra entendió que debían hacerse tales gratificaciones y por ello lo imputó a estas cuentas de las Procuras. También ha dicho que los cheques entregados a los empleados del departamento de logística se debían a abonos por las obras llevadas a cabo en la sede de Anesvad. En definitiva, se



refiere a actividades de gestión, que según ha dicho "no son un modelo de buena gestión", pero que explicarían en su opinión la actuación del acusado.

Pues bien, en nuestra opinión lo relevante no es si el Sr. Gamarra 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 practica 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. Gamarra 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.

3) Finalmente el argumento de cierre de todos los anteriores para negar el delito es que el Sr. Gamarra no se enriqueció con ninguna de estas cantidades, no las usó para su beneficio personal. Sólo diremos que tal afirmación no es cierta, pues consta documentalmente que parte de las cantidades referidas (aunque sea una cantidad proporcionalmente menor) se emplearon para sus gastos o para sus inversiones propias o para la compra de su vivienda, pero en todo caso, y como hemos indicado arriba al reproducir la STS de 13 de octubre de 2009, no es penalmente relevante que el Sr. Gamarra no se haya enriquecido, pues el tipo penal de apropiación indebida en esta modalidad de distracción, no exige este requisito.

Concurren en la conducta del Sr. Gamarra dos de los **subtipos agravados** del art. 250 CP, en concreto la 1ª y la 5ª. Debe tenerse en cuenta que la acusación particular en sus conclusiones definitivas sólo sostuvo estos dos subtipos agravados, suprimiendo toda referencia a la circunstancia 6ª del art. 250 CP, que había incluido en su calificación provisional. El Ministerio Fiscal por su parte únicamente solicitó la apreciación de la circunstancia 5ª y del delito como continuado.

Pues bien, consideramos que es adecuada la aplicación del subtipo agravado de que el delito recaiga sobre **bienes de reconocida utilidad social**, y ello por el destino al que de una manera indudable iban destinados los fondos de los que el Sr. Gamarra ha dispuesto indebidamente en todos estos años. Se trata de donaciones cuya finalidad era la realización de fines sociales, de los fines propios de la fundación a la que se aportaban. Sobre esta cuestión ya ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia en el sentido de la aplicación de la agravación. Así se establece no sólo en la STS de 30 de enero de

2001, que cita la Acusación Particular, sino en la más reciente STS de 20 de Abril del 2010 ( ROJ: STS 2220/2010). Señala el TS en esta última sentencia que “aunque no sea posible determinar el concreto destino final de las cantidades dinerarias de las que se apropiaron los acusados, lo que resulta incuestionable es que esa actividad depredatoria ejecutada a lo largo de los años afectaba negativamente a los objetivos humanitarios y de utilidad social a cuya consecución se creó la asociación y de la que resultaron perjudicados los enfermos a cuya asistencia y ayuda iban destinados los ingresos recabados. Es por ello por lo que considera esta Sala que la actuación de las acusadas se integra sin forzamiento alguno en el concepto de “bienes de reconocida utilidad social” que contempla el precepto agravatorio aplicado en la instancia, y que, supone un plus de antijuridicidad y culpabilidad respecto de otras apropiaciones ilícitas en las que se lesionan intereses puramente lucrativos.” En nuestro caso nos encontramos ante una situación similar, en la que todo el dinero que se encontraba en las cuentas no contabilizadas de la Fundación Anesvad y del que dispuso el acusado a lo largo de los años sin control alguno, era proveniente de donaciones y por lo tanto su destino era la realización de los proyectos humanitarios y sociales para los que las donaciones se prestaban, de acuerdo con los estatutos y los fines sociales de la fundación, por lo que no cabe duda a juicio de la Sala de que la agravación es aplicable a nuestro caso.

En cuanto a la aplicación el subtipo agravado de **cantidad superior a los 50.000 euros** (art. 250,5ª), vista la entidad de las diversas operaciones que se han llevado a cabo en estos años y que se han reflejado en los hechos probados tampoco cabe cuestionar la aplicación del subtipo agravado, y ninguna dificultad puede oponerse a la aplicación del delito continuado en consonancia con este subtipo agravado, puesto que las cantidades de las variadas operaciones superaron en repetidas ocasiones la cantidad citada, durante los años objeto de imputación.

Los hechos declarados probados **respecto a José Miguel Sustacha y José Francisco Martínez** son constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida, previsto y penado en el art. 252 CP en relación con el art. 250,1ª y 5ª del CP, 250,2ª y 74 del mismo texto, en concurso con un delito continuado de falsedad en documento mercantil de los art. 392, 390,1y 2 del mismo texto. Del citado delito son responsables en concepto de autores los dos acusados Sr. Sustacha y Sr. Martínez, por aplicación del art. 28 CP.

Debemos abordar la cuestión jurídica que fue planteada por el letrado de estos dos acusados, relativa a la aplicación del delito de falsedad documental en concurso con el delito de apropiación indebida, delito este último que el letrado no cuestiona (ni sus subtipos agravados). La cuestión no puede resolverse en el sentido que solicita la defensa y ello a pesar de que sea cierto que esta misma Sala en sentencia de 29 de noviembre de 2010 consideró no apreciable el concurso con el delito de falsedad en un caso de apropiación indebida.

En aquel supuesto se trataba de un empleado de una entidad bancaria que tenía disponibilidad sobre todas las claves del sistema interno del banco y que por ese motivo realizó con total libertad varias apropiaciones, y era posteriormente cuando hacía constar

un reintegro (con una firma manipulada) que unía a la carpetilla del cliente, por si la operación era objeto de una auditoria interna. Lo que concluía esta Sala en aquél caso, en beneficio del reo, es que estos reintegros no llegaron a entrar en el tráfico mercantil pues se elaboraban una vez consumada la apropiación, no llegaron a tener eficacia alguna, y por esa razón no dimos a tal conducta un tratamiento penal autónomo.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa nos estamos refiriendo a alteraciones de la contabilidad de la Fundación realizadas durante varios años, siendo la contabilidad de una empresa o en este caso de una fundación un elemento esencial que garantiza la publicidad, la transparencia en la gestión y en último término el control de las diversas operaciones que llevan a cabo los gestores de la misma. La contabilidad de la empresa entra en el tráfico mercantil desde su propia elaboración y desde luego con los posteriores actos de presentación o sometimiento al control de accionistas, o en este caso del patronato de la fundación.

En este sentido nos parece relevante citar la STS de 25 de Junio del 2010 ( ROJ: STS 3560/2010) que hace unas consideraciones acerca de este tema: “no podemos terminar el examen de la sentencia sin hacer unas consideraciones sobre la trascendencia que para el tráfico económico tiene la fiabilidad y la transparencia de la contabilidad de una empresa, ya que sus datos sirven a terceros para valorar las posibilidades de establecer relaciones comerciales y, al mismo tiempo, a la Hacienda Pública para liquidar los tributos correspondientes, como el de sociedades o el IVA. En este punto nos encontramos ante maniobras que sin producir resultados lesivos para persona concreta, como el querellante, constituyen una perversión del sistema de transparencia de la contabilidad de las empresas, como garantía del control de la actividad económica.”

En un sentido similar y para afirmar la entidad independiente del delito de falsedad en la contabilidad de una entidad pública respecto al delito fiscal, la STS de 25 de Enero del 2010 ( ROJ: STS 301/2010).

El argumento jurídico del letrado no puede por ello ser atendido y mantendremos la condena por el concurso de las dos conductas objeto de acusación. En cuanto a que no ha quedado acreditada la conducta de alteración de la contabilidad puesto que no han sido aportados los apuntes contables, tampoco puede aceptarse. Además de las declaraciones de los dos acusados, que siempre han reconocido las apropiaciones y las diversas modalidades de actuación que se han reflejado en el relato fáctico (total o parcialmente en sus sucesivas declaraciones), volviendo a hacerlo así en el acto del juicio, consta en la causa la documentación que sirve de sustento a estas imputaciones, y además consta el informe elaborado por el actuario Sr. Sagastiberri (folio 4843 y ss) en el que manifiesta desde un inicio que lo realiza “tras el examen de las cuentas bancarias y de la documentación contable de la fundación Anesvad” (aportando a tal informe los anexos correspondientes). En este informe se ratificó en el acto del juicio, como también lo hizo el perito Sr. Larrucea respecto al informe global que obra en los autos (folio 5168 y ss). La prueba es abundante y confirma el contenido de la confesión de ambos acusados.

## QUINTO.- Sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Concurre en los tres acusados la circunstancia atenuante de reparación del daño del art. 21,5º del Código Penal. Desde prácticamente el inicio del procedimiento se vienen realizando ingresos o movimientos de fondos por los tres acusados para reparar parcialmente el daño causado por el delito, y así puede apreciarse con claridad en los informes a que venimos refiriéndonos en esta resolución y que acabamos de citar en el fundamento anterior. Especial relevancia tiene el informe del Sr. Larrucea (folio 5168), que cuantifica exactamente las cantidades restituidas por cada acusado.

La diferencia entre ellos (que se aprecia al folio 5201 del informe) radica en que ya desde el año 2009 los Srs. Sustacha y Martínez han devuelto prácticamente la totalidad de las cantidades apropiadas, y además en el momento de la vista oral las acusaciones hacen constar que con anterioridad a la inicio de las sesiones las cantidades pendientes han sido totalmente restituidas. Frente a ello, el Sr. Gamarra desde el momento en que empiezan las investigaciones policiales y coincidiendo con su descubrimiento de la apropiación realizada por sus dos colaboradores comienza una serie de movimientos de fondos desde las cuentas opacas que hemos citado hacia cuentas de Anesvad, pero esta restitución no alcanza la totalidad de la cantidad, y en la actualidad tiene pendiente de restituir alrededor de tres millones de euros, tal como hemos hecho constar en el relato de hechos probados.

Esta diferencia es la que ha motivado que la circunstancia atenuante haya sido apreciada como muy cualificada respecto a los acusados Sres. Sustacha y Martínez, por las dos acusaciones, lo que determina en todo caso su aplicación por este tribunal.

Por la defensa del Sr. Gamarra se solicitó alternativamente la aplicación a su cliente de la circunstancia mencionada como muy cualificada, pero esta Sala no aprecia motivos para ello, a la vista de la cuantía que aún queda pendiente de restituir.

Por último, por la defensa del Sr. Gamarra se solicitó, para el caso de condena, la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas. La Sala entiende que la misma no puede apreciarse.

Citaremos a este respecto la STS de 14 de Julio del 2011 ( ROJ: STS 5109/2011), en la que se recuerda que “no basta la genérica denuncia al transcurso del tiempo en la tramitación de la causa, sino que se debe concretar los periodos y demoras producidas, y ello, porque el concepto “dilación indebida” es un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso (elemento temporal) y junto a la injustificación del retraso y la no atribución del retraso a la conducta del imputado, debe de determinarse que del mismo se han derivado consecuencias gravosas ya que aquel retraso no tiene que implicar éstas de forma inexorable y sin daño no cabe reparación, debiendo acreditarse un específico perjuicio más allá del inherente al propio retraso.”

En este caso no se han destacado periodos concretos de paralización de la causa que se consideren desproporcionados o injustificados, pero además basta la comprobación de la misma para ver que las diligencias se han llevado a cabo de una manera fluida, sin paralizaciones reseñables, y que la actuación del órgano de instrucción ha sido diligente

en la resolución de los variados y frecuentes incidentes procesales que se han venido planteando a lo largo del procedimiento. El volumen de la causa, la naturaleza de los delitos investigados y la necesidad de consulta de una extensa documentación de tipo financiero o contable, que ha exigido la práctica de numerosos informes técnicos que auxiliaran al Instructor y a las partes sobre su relevancia, explican sobradamente la duración del proceso y nos impiden apreciar que se ha producido un retraso injustificado en su tramitación.

**SEXTO.-** Sobre la determinación de la pena.

Comenzando por **el acusado Sr. Gamarra**, debe partirse de la pena prevista para el delito continuado de apropiación indebida, con los subtipos agravados del art. 250, 1ª y 5ª, de los que hemos hablado, lo que nos sitúa en la pena de 4 a 8 años de prisión, de acuerdo con el art. 250,2º del texto penal. Y por la aplicación del delito continuado, según el art. 74,1º CP, se impone la pena en su mitad superior, es decir, de 6 a 8 años. Ya la acusación consideró aplicable esta regla penológica del primer párrafo (lo cual es admitido por la jurisprudencia entre otras en sentencia de 21 de noviembre de 2001), a pesar de que el perjuicio causado es importante, y entendemos que lo hace así y lo compartimos, porque tal perjuicio económico ya ha sido tenido en cuenta al apreciar el subtipo agravado del art. 250,5ª y la continuidad delictiva y por ello no procede volver a computarlo aplicando el párrafo 2º del art. 74 que permite elevar la pena de grado.

Dentro de este margen de pena que nos señala el texto penal, entre 6 y 8 años de prisión, nos encontramos con dos peticiones distintas por las acusaciones, siendo la más grave la de la Fundación perjudicada. Esta Sala considera que, de acuerdo con las reglas del art. 66 CP y dado que se ha apreciado en la conducta del acusado una circunstancia atenuante, debemos imponer la pena en su mitad inferior, esto es de 6 a 7 años de prisión. Finalmente y en cuanto a la duración concreta de la sanción, entendemos que las circunstancias que concurren en la actuación del acusado ya han sido tenidas en cuenta en la propia tipificación del delito, como la continuidad en la actuación delictiva o el perjuicio causado, o incluso el mayor reproche que supone que la perjudicada sea una fundación con indudable utilidad social, por lo que no apreciamos otras circunstancias que justifiquen imponer la pena por encima del límite mínimo previsto legalmente, esto es, de seis años de prisión.

En cuanto a la pena de multa, y por el mismo argumento que hemos expuesto, impondremos la mínima de doce meses-multa. Fijamos la cuota-multa en la cantidad de 50 euros, que de acuerdo con el art. 50,4º del texto penal, se considera una cuantía ajustada a la disponibilidad económica del acusado pues, según consta, dispone de un inmueble y de ciertas cantidades en cuentas corrientes, por lo que ha sido declarado parcialmente solvente en estas actuaciones, como se aprecia en la pieza de responsabilidades pecuniarias.

En cuanto a los acusados **Sres. Sustacha y Martínez**, procede partir de la misma pena inicial del delito continuado de apropiación indebida con los subtipos agravados aplicados que, como hemos visto, es de 6 a 8 años. Dado que estamos ante un concurso medial con

el delito de falsedad en documento mercantil, aplicaremos el art. 77 del texto penal, que nos lleva aplicar la pena en su mitad superior, lo que nos sitúa en la pena de 7 a 8 años de prisión. Entendemos que debe hacerse este cómputo de la pena concreta y no de la abstracta prevista para los delitos, porque así se ha interpretado por la jurisprudencia, por ejemplo en la STS de 15 de enero de 2004. Y a partir de ahí y dado que concurre dos circunstancias atenuantes y una de ellas muy cualificada, rebajaremos la pena dos grados, lo que nos sitúa en una pena de al menos 21 meses.

Las acusaciones han pedido la pena de 20 meses, pero el Tribunal considera que se trata de un error y por ello impondrá la pena de prisión con esta duración de 21 meses.

En nuestra opinión, cuando se produce un error en la determinación de la pena que supone una vulneración de las normas penales, se puede hacer una excepción a la aplicación estricta que del principio acusatorio se viene realizando en la jurisprudencia del TS y del TC. Así se recoge entre otras en la STS 7 de Octubre del 2009 ( ROJ: STS 6950/2009): "Criterio que prevaleció en el Pleno de esta Sala Segunda de 27.11.2007 que adoptó el siguiente acuerdo: el anterior Acuerdo del Tribunal Supremo, de fecha 20 de diciembre de 2006 , debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena."

En cuanto a la pena de multa, estaremos a la solicitada por la acusaciones, de seis meses. En cuanto a la cuota-multa, LA situación económica del Sr. Martínez y la del Sr. Sustacha no son iguales a juicio del Tribunal y a la vista de las piezas de responsabilidad civil de cada uno de ellos, pero en este punto también es aplicable el principio acusatorio y estaremos a la cuota.-multa de 12 euros para cada uno de los acusados.

Debemos añadir en relación a los tres acusados, que debe atenderse a la objeción que alegó la defensa de los Sres. Sustacha y Martínez sobre la naturaleza de la **pena accesoria** que debe imponerse a los acusados. Las Acusaciones han solicitado la accesoria de inhabilitación especial para ejercicio de comercio o industria. Pero de acuerdo con el art. 56 del CP y la jurisprudencia que lo interpreta (entre otras, la STS de 6 de octubre de 2009) la accesoria debe tener relación directa con el delito cometido. Y en este caso, toda la actuación cometida por los acusados durante los años analizados tiene relación directa con sus labores dentro de una fundación o institución de carácter asistencial, y tiene que ver con la defraudación de la confianza que los donantes y colaboradores de esta fundación depositaban en la misma. Por ello, nos parece más adecuada la accesoria a la que se refiere el letrado, de inhabilitación especial para el desempeño de cualquier cargo en una institución de carácter asistencial.

**SÉPTIMO.-** Sobre la participación a título lucrativo.

Tanto la Acusación Particular como el Ministerio Fiscal han solicitado que consideremos al despacho de abogados Barrilero y Asociados como participe a título lucrativo respecto a la cantidad de 300.000 euros que el Sr. Sustacha había depositado en una Notaría a

disposición del Sr. Gamarra. Esta actuación del Sr. Sustacha pretendía devolver el importe que previamente el Sr. Gamarra le había entregado (como hemos visto, con fondos de la Fundación) para que pudiera resarcir parte de la cantidad de la que José Miguel Sustacha se había apropiado.

Pues bien, no consideramos necesario analizar jurídicamente la responsabilidad prevista en el art. 122 CP, ni sus requisitos según la jurisprudencia, que han sido expuestos con detalle por las acusaciones y muy especialmente por la defensa del despacho de abogados afectado. Se trata básicamente de que se haya participado de los efectos de un delito y de que esta participación, esa recepción de dinero o efectos, se haya producido a título lucrativo, lo que según el artículo citado obliga a su restitución.

Pero sí nos parece relevante hacer referencia a una de las sentencias recientes del Tribunal Supremo sobre esta cuestión y que fue expresamente alegada por el Ministerio Fiscal. Se trata de la STS de 13 de octubre de 2009, relativa al “caso Gescartera”. En ella se hace una referencia general a la aplicación del precepto que nos ocupa indicando “que el precepto del art. 122 Cpenal contempla una categoría de sujetos que sin haber sido declarados responsables penales y ni siquiera responsables civiles por ningún título, pueden hallarse obligados a dar alguna satisfacción a los perjudicados por el delito...El tipo de responsabilidad que este precepto establece no va asociado a una implicación en el delito, sino, simplemente, a que se acredite el dato de una objetiva participación en los rendimientos económicos de aquél. Así, para que llegue a desencadenarse el efecto previsto en esa norma basta con que alguien, penal e incluso civilmente ajeno al delito, pueda haberse beneficiado de las consecuencias económicas de éste.”

En este caso, ya hemos explicado en esta misma resolución que consideramos acreditado que los fondos que sirvieron al Sr. Gamarra para ayudar al Sr. Sustacha a devolver parte de la cantidad de la que se había apropiado éste último, procedían de la Fundación Anesvad y forman parte de la actividad delictiva que se atribuye al Sr. Gamarra. Por eso no cabe duda, a nuestro juicio, de que el dinero depositado por el Sr. Sustacha era un efecto del delito y debía haber sido restituido a la Fundación Anesvad, y no al Sr. Gamarra, con lo cual concurre el primero de los presupuestos para la aplicación del art. 122 CP.

La dificultad, en nuestra opinión, se encuentra en el segundo de los presupuestos: que la cantidad se haya recibido a título lucrativo. La dificultad surge por la alegación del despacho de abogados afectado de que esta cantidad sirvió para abonar los honorarios de la defensa del Sr. Gamarra.

El Ministerio Fiscal se remite a la sentencia del caso Gescartera porque en ella el TS aplica el art. 122 CP a pesar de que también en aquel caso se alegaba la existencia de un título oneroso que justificaba al entrega de unos fondos, y lo hace así el TS porque “aunque, desde un punto de vista jurídico-formal, el contrato de los recurrentes con Gescartera hubiese respondido inicialmente a la modalidad contractual de la gestión de carteras de inversión, la naturaleza de los supuestos resultados de esa relación, dado su volumen, injustificable en términos de mercado, implicaba una ruptura de la naturaleza sinalagmática de la relación, confiriendo al exceso de rendimientos un carácter meramente lucrativo.”

Pretenden el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular que consideremos que en este supuesto se ha producido también un exceso injustificable en lo percibido por el despacho Barrilero y Asociados, lo que fundamenta su consideración como partícipes a título lucrativo.

Pues bien, sobre esta cuestión la Sala hace las siguientes consideraciones, sobre la base de los datos que consta en la causa:

- Es un hecho acreditado que prácticamente desde el inicio de las actuaciones el Sr. Gamarra contrató los servicios jurídicos del despacho Barrilero y Asociados, siendo asignada su defensa al letrado Sr. Urraza. Este dato no ha sido cuestionado por ninguna de las partes y así consta al folio 1066 de la causa en el escrito de 4 de mayo de 2007, por el cual el Sr. Gamarra manifiesta el cambio de letrado y en el que se hace constar que el anterior letrado (Sr. Cobo) concedía la venia al letrado Sr. Urraza.
- Es un hecho acreditado que el Sr. Urraza sigue ejerciendo a día de hoy la defensa del Sr. Gamarra, si bien ya no lo hace desde su pertenencia al despacho Barrilero y Asociados, puesto que se desvinculó del mismo a finales de noviembre de 2008.
- Consta al folio 32 de la pieza de responsabilidad civil de Barrilero y Asociados la factura por importe de 258.629,69 euros más IVA, por el concepto de honorarios de asesoramiento jurídico.
- Es un hecho acreditado (folio 11 de la misma pieza) que fue el propio letrado Sr. Urraza el que acudió a la Notaría de D. José Luis Ramos Villanueva el 29 de agosto de 2007 y retiró de la misma en representación del Sr. Gamarra “el importe de 300.000 euros, cantidad que incluye el IVA, para el cobro de honorarios profesionales del Bufete Barrilero y Asociados por la intervención en la defensa de aquél.”

Sobre la base de estos datos la primera consideración que nos hacemos es que, en principio, se acredita una relación de naturaleza onerosa, una prestación de servicios. Alegan las acusaciones que la cantidad cobrada sería desproporcionada para el tiempo de prestación efectiva de la asistencia jurídica. Pero a juicio de esta Sala esta circunstancia no es tan clara.

Decimos esto, en primer lugar, porque el tiempo de prestación de servicios fue, como hemos visto, desde mayo de 2007 hasta noviembre de 2008, es decir, no se trata de tres meses de trabajo, como han indicado las acusaciones.

En segundo lugar, el letrado del despacho Barrilero y Asociados siempre ha sostenido que se trató de una entrega en concepto de pago y por la totalidad de la asistencia prevista para el caso. Así también lo indicó con claridad el propio letrado Sr. Urraza, una vez desvinculado de ese despacho colectivo, en su escrito de fecha 15 de octubre de 2009 (folio 76 de la pieza), ratificando que se negoció la totalidad de los honorarios. Si esto fuera así y dada la complejidad de la causa y su duración (que ya era previsible en aquél momento), a la Sala no le resulta una cantidad tan desproporcionada. De hecho, en ese escrito el propio Sr. Urraza hace una referencia a las normas del Colegio de Abogados del



Señorío de Vizcaya, que son meramente orientadoras, y para el importe de la responsabilidad pecuniaria que podía imputarse al Sr. Gamarra, la cantidad entregada en concepto de honorarios no resultaría tan excesiva.

Y finalmente, nos parece un dato a tener en cuenta que lo que el letrado Sr. Urraza solicita en ese mismo escrito es que el Juzgado realice una liquidación de honorarios, a la vista del tiempo en que el bufete Barrilero había prestado asistencia efectiva al Sr. Gamarra, añadiendo que llevaba un año reclamándolo a su antiguo despacho. Este dato es utilizado por el Ministerio Fiscal para indicar que la cantidad cobrada en la Notaría era excesiva y por tanto injustificada. Pero lo cierto es que sobre esta cuestión concreta no tenemos datos suficientes, es decir, no sabemos si, como dice Barrilero y Asociados, cuando el Letrado Sr. Urraza se fue del despacho se hizo con él una liquidación societaria que incluyó este asunto, o si por el contrario, tal liquidación está pendiente de hacerse y además de estas cantidades el Sr. Gamarra ha tenido que abonar otras al Sr. Urraza. La Sala lo desconoce y no nos consta que al Sr. Gamarra se le haya preguntado sobre este extremo. Pero, a nuestro juicio, toda esta polémica lo único que haría es confirmar el elemento esencial que se está discutiendo para la aplicación o no del art. 122 CP, y es que la cantidad de 300.000 euros a la que venimos haciendo referencia se entregó al letrado por un título oneroso, por la prestación de servicios de asistencia jurídica en su totalidad, y que aún estando pendiente una liquidación, no podemos hablar de una entrega a título lucrativo.

Pues bien, a juicio de la Sala todas estas consideraciones nos llevan en principio a entender que se trató de un pago previo de la asistencia jurídica a prestar al Sr. Gamarra durante todo el proceso. Por el contrario, y como hemos expuesto, tenemos ciertas dudas sobre si se trataba de una cantidad proporcionada o excesiva, y tenemos dudas también sobre lo ocurrido cuando el letrado del Sr. Gamarra salió del despacho colectivo en el que trabajaba y sobre si se practicó o no una liquidación de honorarios. Y a juicio de la Sala estas dudas nos impiden aplicar el art. 122 del CP.

Volvemos a citar la mencionada sentencia del caso Gescartera, en la que el TS se refiere a la aplicación del principio de presunción de inocencia también en este supuesto del partícipe a título lucrativo y la necesidad de que se acrediten por las acusaciones sus presupuestos: “Por lo demás, la invocación del art. 217 de la Ley de E. Civil como argumento de impugnación, no es admisible en este contexto. Porque, en rigor, el principio de la carga de la prueba en su sentido civilista no es trasladable al proceso penal, debido a que expresa un criterio de distribución del deber de probar, para decidir en las situaciones de incertidumbre, que no tiene cabida en este último, en el que aquél pesa íntegramente sobre quien acusa, a cuya posición perjudicará, en términos absolutos cualquier coeficiente de duda sobre la pretensión punitiva y sus consecuencias. Y ésta es una regla que cubre también supuestos como el del partícipe por título lucrativo, pues la existencia del delito y esa clase de participación en sus efectos tendrán que demostrarse siempre de conformidad con las exigencias del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio.”

En este caso la doctrina citada es perfectamente aplicable, puesto que con los datos que obran en la causa, nos encontramos con una entrega de dinero que viene justificada en

principio por una prestación de servicios de asistencia jurídica y por tanto de naturaleza onerosa. Dado que las acusaciones sostienen que se trató de una cantidad excesiva o desproporcionada, y que esto es lo que permite considerarla entregada a título lucrativo, y dado que el Tribunal no considera que este extremo esté suficientemente acreditado, la conclusión es que no se desvirtúa la presunción de inocencia respecto a este extremo y que la aplicación del art. 122 CP no está justificada en este caso.

#### **OCTAVO.- Sobre la responsabilidad civil.**

Todo declarado criminalmente responsable de un delito o falta lo será también civilmente conforme previenen los arts. 109 y siguientes del CP. En este caso, quedando acreditado que el Sr. Gamarra sólo ha restituido parte de la cantidad objeto de apropiación y que quedan por restituir 3.263.189,54 euros, debe ser condenado a indemnizar a la Fundación Anesvad en tal importe.

Respecto a los acusados Sr. Sustacha y Sr. Martínez, se ha respetado en el relato de hechos lo manifestado por las acusaciones en el sentido de que ha quedado totalmente reparado el perjuicio causado, habiendo quedado constancia en el acta de juicio del compromiso adquirido por el Sr. Martínez para el abono de la última de las cantidades pendientes.

#### **NOVENO.- Sobre las costas procesales.**

Según el 123 C.P. y 240.2 L.E.Cr. las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta. En este caso se impondrán por terceras e iguales partes a los tres condenados, e incluirán las de la Acusación Particular, cuya actuación no puede ser considerada superflua o innecesaria.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLAMOS**

Que debemos condenar y condenamos al acusado JOSÉ LUIS GAMARRA ARANOA 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 JOSÉ MIGUEL SUSTACHA OLABE 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 JOSÉ FRANCISCO MARTÍNEZ FERNÁNDEZ 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.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los/as Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.