

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 647/2016, de 14 de julio de 2016*

*Sala de lo Penal*

*Rec. n.º 859/2015*

#### **SUMARIO:**

**Revisión de sentencia absolutoria. Apropiación indebida. Donación modal.** Si bien tradicionalmente esta Sala ha afirmado que la donación, en cuanto traslativa de dominio, no es título idóneo para completar la tipicidad de la apropiación indebida, esta doctrina admite alguna modulación. Sobre todo cuando, no nos encontramos ante una donación pura y simple, sino ante una «donación modal», que impone al donatario un modo, carga o gravamen que puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente, un motivo, finalidad, deseo o recomendación o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante y precisa. Modalidad distinta de la donación condicional en cuanto que su efectividad no se hace depender de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado que los interesados pudieran ignorar, sino de un modo o gravamen, cuyo incumplimiento atribuye al donante la facultad de revocar la donación. La Fundación y en su nombre la acusada, recibieron el dinero no para cualquiera de sus fines benéficos, sino para dedicarlo a construir un centro educativo, removiendo todos los obstáculos que pudieran plantearse. Desde esa óptica no podemos negar la idoneidad del título como base a una hipotética apropiación indebida por distracción, en el supuesto en el que el dinero se destinara a otro fin, pero aun cumpliéndose lo presupuestos, los hechos son atípicos; y ello porque no existió vocación de permanencia en la aplicación de los fondos a un fin distinto del que había motivado su entrega ni voluntad de quebrantar la confianza que la motivó. Y no se alcanzó el punto de no retorno sino muy posteriormente y por causas que en aquel momento no consta que fueran previsibles. Si la construcción resultó frustrada fue porque no pudo disponer del mismo al haber resultado bloqueadas por la autoridades nepalíes las cuentas de la Fundación.

#### **PRECEPTOS:**

Código civil, arts. 647 y 1.113.

LO 10/1995 (CP), arts. 250 y 252.

Constitución española, arts. 9.3, 24.1, 120.3, 123 y 161.

#### **PONENTE:**

*Doña Ana María Ferrer García.*

Magistrados:

Don ALBERTO GUMERSINDO JORGE BARREIRO

Don ANA MARIA FERRER GARCIA

Don JOSE RAMON SORIANO SORIANO

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don PERFECTO AGUSTIN ANDRES IBAÑEZ



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Julio de dos mil dieciséis.

En el recurso de casación por infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de la acusación particular Amanda contra Sentencia de fecha 17 de Marzo de 2014 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 7ª; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia de la EXCMA. SRA. DÑA. Ana Maria Ferrer Garcia; siendo parte el Ministerio Fiscal y como recurrida Dª. Debora representada por el Procurador D. Javier Pérez-Castaño Rivas y estando la recurrente Amanda representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Infante Sánchez.

### I. ANTECEDENTES

#### Primero.

El Juzgado de Instrucción número 25 de Barcelona, abrió Diligencias Previas con el número 2747/09, contra Joaquín y, una vez concluidas las remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 7ª) que, con fecha 17 de Marzo de 2014, dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

#### Primero.

Son hechos probados y así se declara que la acusada, Debora mayor de edad y sin antecedentes penales desarrolló diversos proyectos integradores y de ecuación en Nepal, para lo cual constituyó dos fundaciones: la Fundación Vicky Sherpa Eduqual, domiciliada en nuestro país e inscrita con el nº 1.769 en el Registro de Fundaciones de la Generalitat de Cataluña y su contraparte en Nepal: la Vicky Educational and Development Foundation of Nepal (en adelante Vedfon), inscrita en el Registro de aquel país el 05/07/1996. Consta que en el año 2004 tenía en marcha y gestionaba al menos dos escuelas en Nepal.

#### Segundo.

Ha quedado igualmente acreditado que en el marco de la recogida de fondos que Debora llevaba a cabo para el mantenimiento de sus proyectos en Nepal contactó con Amanda la cual le hizo una serie de entregas de dinero, documentándolas en un acta notarial de manifestaciones efectuadas ante el Notario de Barcelona Sr. de Castro Fernández con nº de su protocolo 4068, en fecha 2/08/2004, la primera y el 23/11/2004, con número de protocolo 5864 la segunda.

En la misma ambas partes reflejan lo que a continuación se expone: "Primero- que Da. Amanda ha acordado con la Fundación Vicky Sherpa Eduqual aportar determinadas cantidades para la construcción en el Nepal, de un edificio destinado a escuela, que llevará el nombre de "Escuela Manuel Martínez Calderón", de conformidad con el plano y presupuesto de que me hacen entrega y dejo protocolizados a los debidos efectos.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Segundo.- Que dicho contrato de donación de cantidad será suscrito por ambas partes en fecha próxima, en el cual se especificaran todos y cada uno de los requisitos que condicionan dicha donación.

Tercero.- Ello no obstante y con el fin de facilitar a la Fundación Vicky Sherpa Eduqual los trámites previos e imprescindibles para poner en marcha dicho proyecto, Da. Amanda hace entrega a mi presencia a la legal representante de dicha Fundación de un cheque...por importe de 12.000 euros a cuenta del total presupuestado a que ascenderán las obras de la escuela mencionada, y que la citada Sra. recibe con el único y exclusivo fin de darle el destino antes indicado, obligándose a tener puntual y debidamente informada a la donante de todas y cada una de las gestiones realizadas con cargo a dicha cantidad". Posteriormente el acta de 23/11/2004 protocoliza la entrega de un total de 138.232,78 euros de nuevo a la Fundación Vicky Sherpa Eduqual y de nuevo se reitera el idéntico destino de dicha cantidad: la construcción en el Nepal, de un edificio destinado a escuela, que llevará el nombre de "Escuela Manuel Martínez Calderón".

#### **Tercero.**

Ha quedado acreditado que del total de dinero entregado por la sra. Amanda, 150.232,78 euros, 62.796,2 euros se emplearon en la compra de un terreno destinado a la escuela proyectada así como en la obtención de permisos, licencias y gestiones administrativas previas a la construcción. El resto del dinero se destinó al mantenimiento y desarrollo de otros proyectos de la Fundación Vicky Sherpa Eduqual en Nepal. La proyectada Escuela Manuel Martínez Calderón no ha sido construida.

#### **Segundo.**

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " FALLAMOS:

ABSOLVEMOS a Debora como autora de un delito de estafa o de apropiación indebida de los que venía siendo acusada, con todos los pronunciamientos favorables y declarando de oficio las costas de esta instancia.

#### **Tercero.**

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

#### **Cuarto.**

Las representación procesal de Amanda basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

PRIMER MOTIVO- Por infracción de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, por infracción de los arts. 9.3 y 24.1 CE .

SEGUNDO MOTIVO- Por infracción de Ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1.º LECrim, por inaplicación del art. 252 CP y de las agravantes 5ª y 6ª del art. 250 del mismo cuerpo legal .



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

TERCER MOTIVO- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2.º de la LECrim, por inaplicación del art. 252 CP y de las agravantes 5ª y 6ª del art. 250 del mismo cuerpo legal .

CUARTO MOTIVO- Por infracción de Ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.2.º LECrim, por inaplicación del art. 252 CP y de las agravantes 5ª y 6ª del art. 250 del mismo cuerpo legal .

#### **Quinto.**

Instruida la parte recurrida del recurso interpuesto, solicitó la desestimación del mismo y el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 4 de junio de 2015, evacuando el trámite que se le confirió, interesó la impugnación de los motivos.

#### **Sexto.**

Durante la sustanciación del recurso falleció Dª. Amanda y tras el oportuno traslado manifestaron su intención de sucederle en el ejercicio de la acción entablada sus hijos Dª. Dulce y D. Constancio a los que se tuvo por recurrentes.

#### **Séptimo.**

La Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para deliberación y decisión el día 10 de marzo de 2016, que se ha prolongado hasta el día de la fecha.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

La sección 7ª de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 17 de marzo de 2014 por la absolvió a Debora como autora de un delito de estafa o de apropiación indebida de los que fue acusada por el Ministerio Fiscal y por Dª. Amanda como acusación particular.

La sala sentenciadora en síntesis declaró probado que la acusada, Debora, desarrolló diversos proyectos integradores y de educación en Nepal, para lo cual constituyó dos fundaciones: la Fundación Vicky Sherpa Eduqual, domiciliada en nuestro país e inscrita con el nº 1.769 en el Registro de Fundaciones de la Generalitat de Cataluña, y su contraparte en Nepal: la Vicky Educational and Development Foundation of Nepal ( Vedfon), inscrita en el Registro de aquel país el 5 de julio de 1996. Consta que en el año 2004 tenía en marcha y gestionaba al menos dos escuelas en Nepal.

En el marco de la recogida de fondos que Debora llevaba a cabo en nombre de la fundación citada para el mantenimiento de sus proyectos en Nepal, contactó con Amanda la cual le hizo dos entregas de dinero que documentó en sendas actas notariales de manifestaciones, destinadas a la construcción en aquel país de un edificio que albergara la "Escuela Manuel Martínez Calderón" en memoria del fallecido esposo de aquélla, de conformidad con el plano y presupuesto aportados y que se dejaron protocolizados. Se especificaba que se suscribiría un contrato de donación que recogiera las condiciones de la misma y se entregaron dos cheques, el primero el 2 de agosto de 2004 por importe de 12.000 euros y el 23 de noviembre de 2004 otro de 138.232,78 euros a la misma fundación y con el mismo fin.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

De los 150.232,78 euros entregados por la Sra. Amanda, 62.796,2 euros se emplearon en la compra de un terreno destinado a la escuela proyectada así como en la obtención de permisos, licencias y gestiones administrativas previas a la construcción. El resto del dinero se destinó al mantenimiento y desarrollo de otros proyectos de la Fundación Vicky Sherpa Eduqual en Nepal. La proyectada Escuela Manuel Martínez Calderón no ha sido construida.

Por la representación de D<sup>a</sup>. Amanda se interpuso recurso y fallecida la misma sus herederos de D<sup>a</sup>. Amanda han continuado con el ejercicio de la acción. Tal recurso ha sido impugnado por el Ministerio Fiscal y la acusada.

### **Segundo.**

El primer motivo de recurso, al amparo de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ denunció vulneración de los artículos 9.3 y 24.1 CE .

Alega la recurrente que el Tribunal sentenciador al valorar la prueba se ha centrado exclusivamente en la aportada a instancias de la defensa, y ha omitido pronunciarse sobre un importante acervo documental, que se refiere a hechos esenciales acreditativos de la comisión de los delitos que fueron objeto de acusación y de debate en el acto del juicio.

En concreto denuncia que pretirieron las siguientes pruebas documentales:

1°. Extracto de la cuenta corriente NUM000 abierta en la entidad Caixa Cataluña por la Fundación Vicky Sherpa Eduqual correspondiente a los movimientos realizados entre el 27 de julio y el 31 de diciembre de 2004, obrante a los folios 963 a 965 del Tomo 4.

2°. Resguardo de solicitud de operaciones correspondiente a la cuenta corriente NUM000 abierta en la entidad Caixa Cataluña por la Fundación Vicky Sherpa Eduqual firmado por la querellada (su firma fue reconocida en el acto del juicio) por importe 54.000 €, obrante al folio 973 del Tomo 4.

3°. Justificante mecanizado de transferencia bancaria por importe de 54.000 € procedentes de la cuenta corriente NUM000 abierta en la entidad Caixa Cataluña por la Fundación Vicky Sherpa Eduqual con destino a la cuenta personal de la Sra. Debora número NUM001 en el Nepal Investment Bank de Katmandú, emitido en papel de Caixa Cataluña, con sello y firma de la entidad, obrante al folio 974 del Tomo 4.

4°. Relación de ingresos obtenidos entre agosto de 2004 y junio de 2005 por la Fundación de Nepal Vicky Educational and Development Foundation (VEDFON) con indicación de su procedencia y firma del contable, el secretario, el tesorero, el presidente y el auditor de la fundación receptora, perteneciente a las cuentas anuales auditadas de la misma, obrante al folio 1.702 del Tomo 8.

5°. Relación de ingresos de VEDFON procedentes de Fundación Vicky Sherpa Eduqual correspondiente a los años 2001 a 2008 elaborada por la Oficina Antifraude de Cataluña, obrante en los folios 2.015 y 2.016 del Tomo 10.

6°. Extractos de las cuentas bancarias de la fundación nepalí VEDFON, en concreto las del Lumbini Bank, a los Folios 1.858 y siguientes; del Himalayan Bank, al 1.868 y siguientes; del Nepal Investment Bank, al 1.881 y siguientes; del Sunrise Bank, al 817 y siguientes 2009.

7°. Relación de activos (Fixed Assets Shedule) de los años 2004/05 (de julio de 2004 a junio de 2005), 2003/2004 (de julio de 2003 a junio de 2004), 2005/2006 (de julio de 2005 a junio de 2006) y 2006/2007 (de julio de 2006 a junio de 2007) de las cuentas auditadas, firmada por el contable, el secretario, el presidente, el tesorero y el auditor de VEDFON, cuya partida correspondiente a terrenos (Land), reseña un valor de 1.395.200 Rupias durante todos los ejercicios. Los particulares reseñados obran en el folio 1.701 del Tomo 8 y en los folios 1.810, 1.820 y 1.835 del Tomo 9.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

A partir de tales documentos concluye el recurso que la acusada dispuso de los 12.000 euros que se le entregaron el 2 de agosto de 2004, junto con otras cantidades, a través de un cheque por importe de 22.000 euros librado contra la cuenta en la que aquellos habían sido ingresados. Y que 54.277,60 euros de la segunda entrega, la de 138.232,78 euros documentada en el acta notarial de 23 de noviembre de 2004, fueron transferidos a una cuenta personal de la Sra. Debora en Nepal, en la misma en la que ella reconoció al Patronato que se ingresaron los 12.000 euros anteriores. Cantidades que no consta tuvieron entrada en las cuentas de VEDFON.

Del mismo modo sostiene que el documento valorado como acreditativo de la compraventa de los terrenos para la realización de la escuela encargada es simplemente un contrato de arras, el mismo que junto con los planos y proyecto constan incorporados al expediente de solicitud de fondos a la ONG Intervida y Cuna. Y que en las cuentas de VEDFON, la partida correspondiente a terrenos permaneció invariable entre 2004 y 2007. Tampoco constan en los extractos bancarios de las cuentas de aquella cargo alguno por el importe de las arras que se dicen abonadas. A su juicio, la única documentación que acredita una compraventa es la remitida por el Registro de la Propiedad de Katmandú respecto a unos terrenos adquiridos el 9 de septiembre de 2007, que insiste no son los que se dicen comprados en 2004, porque no coinciden ni los compradores, ni los vendedores ni el precio, ni tampoco se pusieron a nombre de VEDFON o de la escuela encargada.

En opinión de la recurrente, ni existe constancia de que los 62.000 euros de los que la acusada dispuso se destinaran a la compra de los terrenos donde construir la escuela a la que iban destinados, ni de que se aplicaran a actividades vinculadas a VEDFON. Por ello tacha de arbitraria la valoración probatoria que sustenta la resolución impugnada, cuya anulación postula a fin de que el Tribunal de instancia dicte, sin necesidad de nuevo juicio, otra suficientemente motivada que contemple a afectos argumentativos y como justificación de la resolución que se adopte, los documentos cuya preterición se ha denunciado.

### **Tercero.**

El planteamiento del recurso nos conecta con los perfiles y el alcance de la posibilidad de revisión en casación de los pronunciamientos absolutorios. Uno de los cauces que faculta la misma surge cuando la pretensión punitiva de la parte recurrente no ha obtenido respuesta alguna del Tribunal de instancia o bien la misma ha sido arbitraria, irrazonable o absurda, de manera que de esta forma ha vulnerado lo recogido en los artículos 24.1, 9.3 y 120.3, todos ellos CE, en su vertiente de derecho a obtener una respuesta razonable con proscripción de toda arbitrariedad de los poderes públicos ( SSTS 178/2011 de 23 de febrero ; 631/2014 de 29 de septiembre ó 350/2015 de 21 de abril ).

Esta Sala ha acogido la distinción entre los efectos del derecho a la tutela judicial efectiva y el de presunción de inocencia, en el sentido de que el derecho a la tutela judicial efectiva se extiende solamente a la suficiencia y corrección de los argumentos utilizados para afirmar o negar la existencia de los motivos en que se funda la absolución o la condena, pero no a la existencia o inexistencia de tales motivos. Por ello la vulneración del derecho a la presunción de inocencia por falta de motivo para condenar supone la absolución del acusado mientras que cuando se vulnera la tutela judicial efectiva lo que corresponde es dictar una nueva resolución ajustada a cánones racionales y no arbitrarios ( SSTS 178/2011 de 23 de febrero y 631/2014 de 29 de septiembre ).

Pero también ha advertido esta Sala que no se puede reconvertir el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que coloque a este derecho fundamental al servicio de las acusaciones, públicas o privadas, en perjuicio de



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

los ciudadanos acusados para quienes se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia (entre otras STS 892/2007, con cita de la STS de 4 de marzo de 2004 y de la STS 411/2007 o las más recientes SSTS 631/2014 de 29 de septiembre ; 189/2015 de 7 de abril ; 209/2015 de 16 de abril, 246/2015 de 28 de abril o 859/2015 de 14 de enero de 2016).

Criterio igualmente expresado por el Tribunal Constitucional, que ha afirmado que " al igual que no existe «un principio de legalidad invertido», que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurran sus presupuestos legales ( STC 41/1997, de 10 de marzo, F. 4), tampoco existe una especie de «derecho a la presunción de inocencia invertido», de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas " ( STC 141/2006, FJ 3).

La supuesta falta de racionalidad en la valoración, infractora de la tutela judicial efectiva, no es identificable con la personal discrepancia del acusador recurrente que postula su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés (entre otras STS 350/2015 de 21 de abril ).

Y tampoco se pueden aplicar para la valoración de la arbitrariedad en los supuestos absolutorios los mismos parámetros que en los condenatorios, porque eso significaría vulnerar el principio básico de nuestro ordenamiento penal conforme al cual toda persona acusada es, por principio, inocente, jugando en favor de esa inocencia tanto la insuficiencia probatoria, en sentido objetivo, como la insuficiente fuerza de convicción para el Tribunal de la prueba practicada, siempre que la duda del Tribunal competente para el enjuiciamiento sea razonable.

La fuerza poderosa del principio constitucional de presunción de inocencia, que debe superar toda prueba de cargo y toda motivación condenatoria, no existe como contrapeso de la argumentación cuando se trata de dictar, por insuficiencia de convicción, una sentencia absolutoria. Por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva invocado por el Estado, como titular del "ius puniendi", para revocar una sentencia absolutoria, solo alcanza a supuestos absolutamente excepcionales, y no puede construirse invirtiendo en forma especular la argumentación sobre la razonabilidad de la valoración utilizada en el ámbito del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

En conclusión, en los casos en que la irracionalidad en la valoración adquiera entidad para vulnerar la tutela judicial efectiva de quien reivindica la condena, este Tribunal de casación no puede sustituir al de instancia en la valoración de una prueba que no ha presenciado, por lo que la consecuencia de la mencionada vulneración no puede ser otra que la nulidad de las actuaciones y devolución a la instancia para nuevo examen.

La posibilidad anulatoria de la sentencia basada en una eventual infracción del derecho a la tutela judicial efectiva queda supeditada a una interpretación de la prueba absolutamente arbitraria. No basta una mera discrepancia con la valoración, sino que ésta ha de ser absolutamente irracional o absurda.

#### **Cuarto.**

No es éste el caso. La Sala sentenciadora no ha preterido la documentación que el recurso reseña, sino que ha alcanzado una convicción contraria a la de aquél a partir de la prueba que especifica y que da respuesta a las incógnitas que la documental reseñada plantea.

La Sala sentenciadora otorga credibilidad a la versión que desde el principio de las actuaciones mantuvo la acusada y así, pese a las lagunas en el rastreo documental de los fondos, concluyó que 62.796,2 euros de los recibidos de la querellante se emplearon en la compra de un terreno destinado a la escuela proyectada, así como a la obtención de licencias, permisos y gestiones administrativas previas a la construcción.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Así explica la sentencia recurrida que " que no ha quedado acreditado que la acusada, a través de su Fundación, cuando recibió el dinero por parte de la sra. Amanda, no tuviera en mente la creación de la escuela. Todo lo contrario, pues de la prueba practicada aparece como proyecto el construir una nueva escuela para ahorrarse los alquileres de una de las dos que ya funcionaban en Nepal. De hecho aunque sobre la compra de los terrenos la parte demandada no ha presentado una documentación indubitada, obra en autos a folio 1086 vuelto y siguientes del Tomo V la copia emitida por el Consulado de Nepal en Barcelona de un contrato de compraventa de terrenos de mutuo acuerdo, entre Krishna Prasad Bhatarrai de una parte y la Vicky's Educational Development Foundation Nepal, fechado en octubre de 2004 y en el, que por aproximadamente cuatro millones cuatrocientas mil rupias se adquieren unos terrenos que coinciden con aquellos que la propia querellante reconoce como comprados para la construcción de la escuela en el doc. 24 de la querrela consistente en certificación del Registro de la Propiedad de Nepal relativa a las fincas nº NUM002, NUM003 y NUM004 del municipio de Manamaiju en Katmandú ".

Para sustentar esas conclusiones tuvo en cuenta, además de la documental que cita, el testimonio de la arquitecta Catalina, autora del esquema de proyecto y presupuesto para la construcción de la escuela que habría de llevar el nombre del marido de la querellante (sucedida en la acción tras su fallecimiento por sus hijos). Precisamente los que se mencionan en el acta notarial que protocolizó la entrega del dinero. Esta testigo relató en juicio haber acompañado a la Sra. Debora a Nepal y haber visitado los terrenos donde se iba a construir la escuela, para la que elaboró un proyecto y presupuesto. Puso de relieve las obstáculos con que se encontró ésta para documentar la operación de compra, precisamente por no ser nepalí. También habló de las dificultades a las que se enfrentaron en la construcción, algunas de ellas vinculadas a la inestabilidad política del país. En el mismo sentido declararon el arquitecto del despacho de la Sra. Catalina, Romualdo, que trabajó en el proyecto y permaneció en Nepal de febrero a abril de 2006; o Jose Enrique, voluntario de la fundación que en 2008 estuvo en aquel país en su condición de economista para hacer auditoría interna a Vedfon, quien no solo tuvo conocimiento de la operación de compra del terreno, sino que incluso lo vio. Igualmente tomó en consideración el testimonio de Abelardo, el economista colaborador de la de la Fundación Vicky Sherpa desde 2007 hasta el 2009, autor del informe que se acompañó al correo remitido a la hija de la querellante en la que explicó el destino del dinero.

Y así concluyó la Sala sentenciadora, tras una alusión general a la abundante documental incorporada a las actuaciones, que " la compra del terreno por aproximadamente 50.000 euros en el año 2004, no solo ha sido mantenido así desde el principio por la acusada, sino también a través del documento de contrato de compraventa de octubre de 2004 a que ya hemos hecho anterior referencia. El citado documento, corroborado no solo por las manifestaciones en este sentido de la acusada, sino también de los testigos Abelardo o Catalina que incluso presenciaron una reunión entre la acusada y un abogado y como trataban de solventar el problema de que al no ser nepalí Vicky no podía firmar la compra, en diciembre de 2004 a Nepal. La cercanía de la compra con la entrega del dinero de la querellante que se produce en los meses de agosto y diciembre de 2004 permiten lógicamente inferir que se utilizó para pagar esta compra y que la misma no se produjo en el año 2007 como sostiene la querellante, sin duda el año de la inscripción, sino en el 2004. El resto del dinero se utilizó para el mantenimiento de los proyectos que la Fundación tenía en Nepal a la espera de poder crear la escuela, como aseguró la propia acusada o el testigo Abelardo que consta informó a la querellante de ello en octubre del 2007 como se refleja en los correos que ambas partes se remitieron para tratar de aclarar el destino de los fondos (folio 16) ...".





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Se trata de una conclusión que podrá compartirse o no, pero que desde luego no puede tacharse de ilógica a o arbitraria, ni contradictoria con la falta de un seguimiento bancario de los fondos.

También dio la sala sentenciadora cumplida explicación, como hemos visto, sobre los elementos de convicción que tomó en consideración para tener por constatada la compra del terreno y las dificultades de carácter burocrático a las que se enfrentó la acusada, que fueron el detonante de su decisión de invertir el resto de los fondos que le habían sido entregados por la querellante en sufragar las necesidades de otros proyectos solidarios que desarrollaba la fundación, en tanto pudiera acometer la construcción y puesta en marcha de la "Escuela Manuel Martínez Calderón". Para ello, una vez superados los distintos obstáculos burocráticos, contaba con los fondos de la subvención que iba a recibir por parte de Intervida y Cuna. Esto último explica por qué en el expediente relativo a la misma se encontraba toda la documentación del terreno donde se construiría, además de planos y proyectos. Sus objetivos se vieron truncados por el bloqueo que las Autoridades Nepalís acordaron sobre las cuentas de VEDFON una vez se recibió el importe de esta última subvención.

En definitiva descartó cualquier enriquecimiento personal por parte de la Sra. Debora, y en concreto sus conclusiones no resultan incompatibles con el análisis de la documental que ha realizado la recurrente.

No estamos ante la preterición de determinados medios de prueba que pudiera justificar la arbitrariedad infractora de la tutela judicial efectiva que el recurso reclama, sino ante una discrepancia valorativa insuficiente para justificar el éxito del motiva que nos ocupa.

El motivo se desestima.

#### **Quinto.**

El segundo motivo de recurso invoca el artículo 849.1 LECrim para denunciar la inaplicación de los artículos 252 y las agravantes 5ª y 6ª del 250 ambos del CP .

El segundo cauce para revocar una pronunciamiento absolutorio en casación, donde queda vedada cualquier revaloración de la prueba, especialmente la de carácter personal, realizada por el Tribunal de la instancia con arreglo a la doctrina consolidada de esta Sala, del Tribunal Constitucional y del TEDH, ni cabe articular, dado el carácter de este recurso, un trámite de audiencia al reo, lo ofrece precisamente el artículo 849.1 LECrim .

La revisión por vía del artículo 849.1 LECrim se concreta en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Faculta una declaración jurídica relativa a la subsunción de los hechos que no exija ni una revaloración de la prueba ni una modificación del hecho probado. Es decir cuando el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica (entre otras SSTS 500/2012 de 12 de junio ; 138/2013 de 6 de febrero ó 717/2015 de 29 de enero ).

De manera reiterada hemos afirmado que los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia. Y en esa posibilidad de corrección de errores de subsunción se incluye la de los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. (En el mismo sentido STS 1014/2013 de 12 de

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

diciembre ; 122/2014 de 24 de febrero ; 237/2014 de 25 de marzo ; 309/2014 de 15 de abril ; 882/2014 de 19 de diciembre o 125/2015 de 21 de mayo ).

Como explican entre otras las SSTs que acabamos de citar, la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

El TEDH ha apreciado la vulneración del Artículo 6 1.º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero ha considerado, "a contrario sensu", que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia, ( SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España ; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España ; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España ; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España ; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España ; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España ; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España y 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García c. España; 8 de octubre de 2013 caso Nieto Macero c. España; 8 de octubre de 2013 caso Román Zurdo y otros contra España; y STEDH de 12 de noviembre de 2013 caso Valbuena Redondo contra España ).

Es acorde a tal doctrina la revisión cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico (entre otras SSTEDH de 16 de diciembre de 2008 caso Bazo González c. España o de 22 de octubre de 2013 caso Naranjo Acebedo c. España ).

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina constitucional ( SSTC 153/2011 de 17 de octubre y 201/2012 de 12 de noviembre ). Dijo la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 88/2013 de 11 de abril de 2013 " se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005 de 6 de junio ó 2/2013 de 14 de enero )", e insistió en que " si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011 de 11 de abril y 153/2011 de 17 de octubre )".

La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior del orden jurisdiccional penal conforme al cometido que le atribuye el artículo 123 CE, es precisamente la que realiza a través del cauce de la infracción de ley. Ésta permite corregir errores de subsunción y fijar criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y además los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley. Todo ello sin perjuicio de la función unificadora que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, se proyecta sobre el ordenamiento procesal penal.

En la función de tutela de derechos fundamentales que también le corresponde a este Tribunal de casación con carácter primario, no actúa esta Sala sin embargo como órgano supremo, pues está determinada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

intérprete de la Constitución, que en esta materia puede revisar sus resoluciones ( artículos 123 y 161 b CE ). Revisión que no se extiende constitucionalmente a la interpretación de la norma penal ordinaria.

Es por ello muy relevante que el Tribunal Supremo pueda realizar con efectividad esta función unificadora, tanto en los supuestos en los que los órganos sentenciadores interpretan erróneamente los tipos penales en perjuicio del reo como si lo hacen en perjuicio de las víctimas o perjudicados.

Precisamente en este segundo ámbito (la corrección de la interpretación errónea de los tipos penales realizada en perjuicio de las víctimas o perjudicados), absolutamente necesario por razones de seguridad jurídica y para garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, estriba la diferencia esencial entre la competencia jurisdiccional de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pues éste, como regla general, solo puede corregir los supuestos de extralimitación típica a través del recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal, pero en ningún caso los supuestos de indebida inaplicación de la norma sancionadora, que solo vulneran por defecto el referido principio.

#### **Sexto.**

En el esquema normativo vigente a la fecha de los hechos, el delito de apropiación indebida aparecía descrito en el artículo 252 CP que tipificaba la conducta de los que, en perjuicio de otros, se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros.

De manera reiterada ha entendido este Tribunal de casación (SSTS 513/2007 de 19 de junio ; 228/2012 de 28 de marzo ; 664/2012 de 12 de julio ; 370/2014 de 9 de mayo ; 588 /2014 de 25 de julio ; 761/2014 de 12 de noviembre, 894/2014 de 22 de diciembre, 41/2015 de 27 de enero o 125/2015 de 21 de mayo ), a partir de la distinción de los dos verbos nucleares que incorporaba el citado artículo 252 CP, que el mismo sancionaba dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido; y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, ha entendido esta Sala que el delito de apropiación indebida requiere que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

La distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida en el artículo 252 CP, no se comete con la desviación orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

distinto del obligado, con vocación de permanencia (entre otras STS 622/2013 de 9 de julio ). Y como elementos de tipo subjetivo requiere que el sujeto conozca que excede sus atribuciones al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

#### **Séptimo.**

La sala sentenciadora negó que los hechos declarados probados cumplieran los presupuestos de tipicidad del artículo 252 CP por varias razones.

Se dice que el título en virtud del cual la acusada recibió las fondos que le entregó la Vda. del Sr. Abilio, una donación, no es de los que genera la obligación de devolverlos o entregar otro tanto, o darle un destino específico, sino que fue un acto traslativo de dominio. Lo calificó no de donación pura y simple, sino condicionada a la obligación de hacer como contrapartida y sujeta a condiciones y requisitos: que el dinero se destinase a la creación de la escuela, aunque no se establecieron plazo ni consecuencias del incumplimiento. En atención a ello y con cita de la STS de fecha 12 de abril de 2013, consideró imposible rellenar la tipicidad del art. 252, ni siquiera en la modalidad de distracción. " Se puede hablar de incumplimiento de las propias obligaciones; y de incumplimiento doloso e inexcusable, pero que nunca podrá constituir una apropiación indebida el incumplimiento de una obligación de hacer retribuida anticipadamente ".

La sentencia citada, STS 378/2013 de 12 de abril, se refiere a un contrato de arrendamiento de obra a consecuencia del cual se había entregado una cantidad, sin que finalmente se hubiera realizado aquélla. Y si bien en esa ocasión, como bien dice la Sala de instancia, se declaró que tal relación contractual no rellenaba los presupuestos de tipicidad del artículo 252, se especificó " los acusados recibieron el dinero como pago parcial y anticipado de la obra que se comprometían a realizar. La obra encargada no fue construida. Pues bien, con estos "materiales" fácticos tampoco podemos construir un delito de apropiación indebida. Un arrendamiento de obra como base de una apropiación indebida a través de la modalidad de distracción solo cabría a través de un tortuoso camino: cuando dentro de la cantidad recibida, se diferencia entre lo destinado específicamente a hacer acopio de los materiales que debían emplearse y el monto destinado específicamente a la retribución anticipada por el trabajo. Pero si el presupuesto como sucede aquí es global y no discrimina entre cantidades destinadas a uno u otro fin (folios 14 y ss y 25 y ss), porque en definitiva son los contratistas los obligados a recabar esos materiales no importa a qué precio, ni de qué forma, es imposible rellenar la tipicidad del art. 252, ni siquiera en la modalidad de distracción. Se puede hablar de incumplimiento de las propias obligaciones; y de incumplimiento doloso e inexcusable; pero no de desvío de unas cantidades que se recibían como retribución por el trabajo a realizar (en ellas quedaban integrados también los gastos que asume el contratista), remuneración que no variaría fuera cual fuera la forma en que se recabasen los materiales, ni fuesen cuales fuesen los importes invertidos en tales materiales. Nunca podrá constituir una apropiación indebida el incumplimiento de una obligación de hacer retribuida anticipadamente."



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

Sin embargo en el caso que nos ocupa no nos encontramos ante una obligación de hacer retribuida en los términos anteriormente expuestos. Simplemente porque la cantidad que recibió la acusada en ninguna de sus partidas abarcaba el concepto de retribución. Como entidad benéfica que era, la Fundación Vicky Sherpa Eduqual actuaba sin ánimo de enriquecimiento alguno. Lo que recibió fue una donación, por mucho que no se llegaran a documentar las concretas condiciones de la misma. Así se deduce del contenido de las actas notariales que documentaron las entregas de dinero, en los términos en que las mismas son recogidas en el relato de hechos probados que ahora nos vincula. Y si bien tradicionalmente esta Sala ha afirmado que la donación, en cuanto traslativa de dominio, no es título idóneo para completar la tipicidad de la apropiación indebida (entre las más modernas SSTS 727/2009 de 29 de junio, 259/2013 de 19 de marzo, 384/2013 de 30 de abril, la 815/2015 de 9 de diciembre o la muy reciente 526/2016 de 16 de junio, que cita a su vez la de 27 de octubre de 1986 ), esta doctrina admite alguna modulación. Sobre todo cuando, como en este caso, no nos encontramos ante una donación pura y simple, sino ante lo que la doctrina civil denomina una "donación modal", es decir aquella en que se impone al donatario un modo, carga o gravamen que puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente, " un motivo, finalidad, deseo o recomendación o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante y precisa" ( STS, Sala 1ª 757/2011 de 22 de octubre, que cita la 900/2007 de 20 de julio ). Modalidad distinta de la donación condicional en cuanto que su efectividad no se hace depender de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado que los interesados pudieran ignorar ( artículo 1113 del Código Civil ), sino de un modo o gravamen, cuyo incumplimiento atribuye al donante la facultad de revocar la donación ( artículo 647 CC ).

En este caso la donación no contemplaba enriquecimiento ni siquiera retribución para la donataria por su actuación, más allá de perdurar en el cumplimiento de los objetivos que le eran propios. Esta, la Fundación Vicky Sherpa Eduqual y en su nombre la acusada, recibieron el dinero no para cualquiera de sus fines benéficos, sino para dedicarlo a construir el citado centro educativo, removiendo todos los obstáculos que pudieran plantearse. Desde esa óptica no podemos negar la idoneidad del título como base a una hipotética apropiación indebida por distracción, en el supuesto en el que el dinero se destinara definitivamente a otro fin, con el consiguiente quebranto de confianza deposita en aquella.

Tampoco se puede negar, y en este aspecto también discrepamos del criterio de la Sala sentenciadora, la existencia de perjuicio económicamente evaluable, por el hecho de que la donación implique un acto de liberalidad que pretendiera una satisfacción moral, inmortalizar el nombre del fallecido esposo de la donante, pues la entrega de dinero para obtenerlo provocó el correlativo empobrecimiento. En definitiva el bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida es el patrimonio.

Sin embargo, aun cumpliéndose esos dos presupuestos, los hechos son atípicos. Y ello porque no existió vocación de permanencia en la aplicación de los fondos a un fin distinto del que había motivado su entrega, ni voluntad de quebrantar la confianza a la que aquella respondió. Y no se alcanzó el punto de no retorno sino muy posteriormente y por causas que en aquel momento no consta que fueran previsibles.

Según el relato de hechos, una vez la Fundación Vicky Sherpa Eduqual dispuso del dinero que le entregó la Sra. Amanda, empleó parte del mismo en la compra de un terreno destinado a la escuela proyectada, aquella que habría de llevar el nombre "Escuela Manuel Martínez Calderón", así como en la obtención de permisos, licencia y gestiones administrativas previas a su construcción. El resto se destinó al mantenimiento y desarrollo de otros proyectos. Pero, según explica la fundamentación jurídica en términos que no contradicen el relato fáctico, ello fue en tanto se resolvían todas las trabas que retardaban el inicio de aquella, y en la



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

confianza de que, en el momento que fuera posible comenzar a construir, dispondría de dinero necesario para culminar el proyecto, a través de la subvención que esperaba de Intervida y Cuna. El dinero realmente se recibió, y si la construcción resultó frustrada fue porque no pudo disponer del mismo al haber resultado bloqueadas por la autoridades nepalíes las cuentas de la Fundación VEDFON (filial en Nepal de la Fundación Vicky Sherpa Eduqual) en las que se ingresó.

El motivo se desestima.

#### **Octavo.**

El tercer y cuarto motivos de recurso, por cauce del artículo 849.2 LECrim, denuncian error en la valoración de la prueba basado en documentos, que ha determinado la inaplicación indebida de los artículos 252 y 250. 5.º y 6.º del artículo 250 CP. Vuelve a plantear desde otro prisma la cuestión introducida en el primer motivo de recurso.

Sostiene el recurrente que el hecho probado tercero es erróneo y que hay documentos que demuestran que la acusada se apropió, en beneficio propio, de 12.000 euros (importe total de la primera aportación) y de 54.000 euros de la segunda de la aportaciones. A tales efectos, designa los documentos siguientes:

- Extracto de la cuenta corriente NUM000 (folios 963 a 965, tomo 4) en el particular relativo al movimiento de fecha 12 de agosto (folio 963), que demuestra la retirada, mediante cheque de la propia entidad, de casi todo el saldo de la cuenta, incluidas los 12.000 euros que entregó la recurrente.

- Justificante de transferencia de 54.277,60 euros, desde la cuenta anterior a una cuenta de un banco de Nepal, de la titularidad exclusiva de la acusada.

Por otra parte alega que es errónea la afirmación del hecho probado tercero que dice que la acusada aplicó 62.796,20 € a la compra de un terreno destinado a la escuela proyectada, así como a la obtención de permisos, licencias y gestiones administrativas, y pide que se declare probado que empleó el total de la aportación a fines distintos en los predestinados. Designa los documentos siguientes:

- Cuentas auditadas de VEDFON, ejercicios 2004 a mitad del 2007. Registran partidas correspondientes a terrenos por valor de 1.395.200 rupias, en cada ejercicio, y no registra ninguna compraventa de terreno. Sugiere que no ha existido la compraventa y defiende que el contrato aportado es una fotocopia, sin firmas, y no coincide la identidad del vendedor ni comprador con documento registral de 2007, a que alude la sentencia.

- Ingresos de VEDFON, procedentes de la Fundación Vicky Sherpa Eduqual entre agosto de 2004 y junio de 2005. En el segundo trimestre de 2004 el importe recibido fue de 24.701 euros, cantidad muy alejada al importe que se declara empleado para la adquisición de los terrenos y licencias.

- Relación de fondos recibidos en Nepal desde la Fundación Vicky Serpa Eduqual, elaborado por la Oficina Antifraude de Barcelona, acreditativo de que en el segundo trimestre de 2004 se recibieron únicamente 24.701 euros, cantidad muy alejada al importe que se declara empleado para la adquisición de los terrenos y licencias.

La posibilidad de rectificar a través del cauce del artículo 849.2 LECrim el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "...demuestren la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

del mencionado artículo 849.2. En él se exige que esos documentos no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional, del TEDH y de esta Sala de valorar pruebas personales, aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado, que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio (entre otras STS 976/2013 de 30 de diciembre ; 146/2014 de 14 de febrero o 374/2015 de 13 de mayo ).

En la actualidad puede afirmarse de forma tajante que no es posible en casación a través del artículo 849.2 LECrim transmutar una absolución (aún parcial) en una condena (entre otras SSTS 70/2014 de 3 de febrero o 865/2015 de 14 de enero de 2016 ).

En cualquier caso, como ya dijimos al resolver el primer motivo de recurso, el primer bloque de documentos designados demuestran que la acusada extrajo de la cuenta de la Fundación Vicky Sherpa Eduqual 22.000 euros en los que estaban incluidos los 12.000 euros entregados por la Sra. Amanda el 2 de agosto de 2004, y que desde esa cuenta se transfirieron a una de la titularidad de la acusada 54.000 euros tras formalizarse la segunda aportación. Ahora bien, ello no implica que se apropiara de tales importes.

Del mismo modo, los documentos que integran el segundo conjunto tampoco acreditan indubitablemente que no se destinaron tales importes a la compra del terreno, a obtener las necesarias licencias y permisos y a remover los obstáculos de todo tipo para poder comenzar la construcción de la escuela que había sido encargada, lo que el Tribunal sentenciador ha considerado acreditado por otros medios.

Los dos motivos analizados conjuntamente se desestiman, y con ellos la totalidad del recurso.

#### **Décimo.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECrim, procede condenar al recurrente al pago de las costas de este recurso.

### **III. FALLO**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D<sup>a</sup>. Amanda, fallecida durante la sustanciación del mismo, continuando con la acción entablada sus hijos D<sup>a</sup>. Dulce y D. Constancio, contra la Sentencia de fecha 17 de marzo de 2014 dictada por la Sección 7<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Rollo núm. 92/14 - H condenando en costas a los recurrentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Julian Sanchez Melgar D. Jose Ramon Soriano Soriano D. Alberto Jorge Barreiro D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia D. Perfecto Andres Ibañez

PUBLICACION - Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Maria Ferrer Garcia, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.