



Roj: **STS 3044/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3044**

Id Cendoj: **28079120012022100710**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/07/2022**

Nº de Recurso: **5764/2020**

Nº de Resolución: **713/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CL 3169/2020,**
STS 3044/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 713/2022

Fecha de sentencia: 13/07/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5764/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5764/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 713/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 13 de julio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado **D. Manuel**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 8 de octubre de 2020, que desestimó el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, de fecha 6 de noviembre de 2019, que le condenó por delitos de apropiación indebida y deslealtad profesional, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. José Julio Cortés González y bajo la dirección Letrada de D. Julián Ramón Sánchez Esteban y la recurrida Acusación Particular D. Nazario representado por el Procurador D. Miguel Ángel Gómez Castaño y bajo la dirección Letrada de Dña. Sonia Martín del Campo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Salamanca incoó Procedimiento Abreviado con el nº 731/16 contra Manuel, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, que con fecha 6 de noviembre de 2019 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Probado y así se declara que el acusado, Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, Abogado en ejercicio en esta ciudad de Salamanca, y que también en las fechas que se dirán ostentaba, entre otros, el cargo de administrador único de la mercantil Laffine Tap, S. A, por razón de su profesión de Abogado, trabó contacto, en el mes de diciembre del año 2012, con Nazario, que había sido cliente suyo y quien estaba interesado en la compra de una vivienda en esta ciudad, asumiendo el acusado, en dicha condición de Abogado y como intermediario, el encargo de buscar y adquirir una vivienda para aquel. Como quiera que el acusado sabía y tenía noticia de que Roman ponía o tenía puesta a la venta, a título personal, una vivienda de su propiedad, sita en la CALLE000 nº NUM000, de esta ciudad y, además, en cuanto representante de la mercantil Metropol Arte y Decoración, S. L., también, estaba interesado en poner a la venta un apartamento sito en la CALLE001 de esta misma ciudad, se suscribió por Nazario con el señalado Roman, en fecha 28-12-2012, un contrato privado de compraventa, -intermediado y redactado por el acusado-, por virtud del cual adquiriría el Sr. Nazario la indicada vivienda de la CALLE000, entre otras condiciones, en las de por un precio de 220.000 euros, otorgamiento de la escritura pública correspondiente, como máximo, en los cuatro primeros meses del año 2013, entrega de llaves en el momento del dicho otorgamiento, etc. A tal fin y, para hacer viable dicha transmisión, el 10 de enero de 2013, el Sr. Nazario le entregó personalmente al acusado, en efectivo, la cantidad de 20.000 euros, para que éste último se la entregara o hiciera llegar al citado vendedor en concepto de señal de la dicha compra de la referida vivienda, entretanto que el comprador citado ya venía realizando las oportunas gestiones para acceder al necesario préstamo hipotecario que le permitiera hacer frente al pago, al momento del otorgamiento de escritura, del resto del precio pactado (logrando la concesión de dicho préstamo, a la postre sin finalidad alguna, originándose, por ello, unos gastos de 524,03 euros), y llegando a satisfacer a la Hacienda Pública correspondiente, la suma de 15.400 euros en concepto de liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por la señalada compra del inmueble, materializada en el citado documento privado. El acusado, -traicionando la confianza en él depositada por el Sr. Nazario, a sus espaldas y sin su consentimiento, arrogándose una representación y facultades que para ello no tenía, dado que, el primero no tenía ningún interés en adquirir el apartamento ya reseñado de la CALLE001, y sin que, en ningún momento, le hiciera llegar a Roman la cantidad que el Sr. Nazario le dio para que sirviera de señal de la compra-, procedió, en fecha 11 de febrero, a suscribir y firmar, en la supuesta representación del Sr. Nazario, con et repetido Roman, tres anexos al referido contrato privado de compraventa de la vivienda de la CALLE000, por virtud de los cuales, en primer lugar, se hacía constar que el acusado, en nombre y representación del Sr. Nazario, hacía entrega al vendedor de la cantidad de 20.000 euros en concepto de arras penitenciales, es decir, que se incorporaba una cláusula de arras, por mor de la cual el Sr. Nazario habría desembolsado esa cantidad de 20.000 euros en garantía de la elevación a público en concepto de parte del precio y en concepto de arras penitenciales...; en segundo lugar, que el Sr. Roman, en su propio nombre y en el de su madre, Valle, como partícipes de la sociedad Metropol Arte y Decoración, S. L, y el acusado, en nombre y representación tanto del Sr. Nazario (la que no tenía y, como se dice, sin su consentimiento y conocimiento), como de la mercantil que administraba, Laffine, se suscribía un contrato de compraventa de participaciones sociales, con la consecuencia de que Metropol vendía parte de las participaciones al Sr. Nazario (núms. 1 y 2), y luego otra parte importante del resto de las tales participaciones sociales a Laffine (núms. 7 a 10), pactándose que la vendedora entregaba a la parte compradora (Laffine) la cantidad de 20.000 euros que quedaba en poder



del comprador por un plazo de seis meses en garantía de saneamiento de obligaciones, cargas y deudas. Mediante esta operación, que le era ajena al Sr. Nazario , el acusado trataba de justificar que la cantidad de 20.000 que este le había entregado para pago de señal de la vivienda de la CALLE000 quedara en su poder, en cuanto supuesto representante suyo en esta venta de participaciones sociales de Metropol... Y, como había pasado el tiempo pactado de cuatro meses y el Sr. Nazario comprobaba que la compra que había efectuado en el documento privado de diciembre de 2012 no se materializaba en la prevista escritura notarial, conociendo que esa misma vivienda el propietario Roman se la había vendido a un tercero en escritura pública, y creyendo en las palabras, asesoramiento, defensa y asistencia jurídica del acusado, interpuso, en fecha 8-6-2014, demanda de reclamación de cantidad frente al señalado Roman , por la suma de 40.524,03 euros, -de los cuales 20.000 corresponderían a la. cantidad abonada como parte del precio de la venta, otros 20.000 como arras penitenciales, y el resto de 524,03 euros a gastos de solicitud de hipoteca-; la cual dio origen a la tramitación ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Salamanca del procedimiento seguido con el nº 450/2014. La demanda vino desestimada por sentencia de fecha 11-11-2015, por razón de una satisfacción extraprocesal derivada de un acuerdo extraprocesal adoptado entre el acusado, como Abogado del Sr. Nazario , y el demandado Roman , aunque como consecuencia de ello, se originaron unas costas procesales, por importe de 6.311 ,88 euros, que han sido abonadas y satisfechas por el demandante de aquel pleito, o sea, el Sr. Nazario . Paralelamente a la tramitación del procedimiento judicial que se dice, en concreto, el 17-6-2014, a los siete días de presentar la demanda, y dado que, como se ha anticipado, habían transcurrido todos los plazos pactados para elevar a escritura pública el acuerdo privado de compraventa de la vivienda de la CALLE000 , en un nuevo Anexo (el II) al aludido contrato de venta de participaciones sociales, el acusado pactó con Roman , por un lado, que éste le debía entregar 6.500 euros como indemnización de perjuicios en favor del Sr. Nazario por la frustrada venta de la vivienda a dicho comprador , siendo así que el citado Sr. Roman le entregó al acusado la tal suma de 6.500 euros mediante sendas transferencias bancarias realizadas a los dos días de la firma de dicho acuerdo en tal Anexo y, por otro, que él, como intermediario se comprometía a devolver al Sr. Nazario los 20.000 euros que había recibido el 10 de enero de 2013, compromiso que no se ha cumplido, quedándose el acusado, con ánimo de hacerlas suyas definitivamente, además de con la ya referida suma de 20.000 euros que le entregó el Sr. Nazario para consumir la venta de la vivienda en que estaba interesado, con la de 6.500 euros que le entregó el Sr. Roman para que se la entregara a aquél en concepto de indemnización de perjuicios. Tampoco el acusado en estos años ha girado al Sr. Nazario minuta de clase alguna por sus servicios para justificar, en laguna medida, la retención de cantidades que se dice. Tras diversas gestiones, el Sr. Nazario ha logrado recuperar de la entidad pública correspondiente, el importe que satisfizo por la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en la cantidad ya reseñada de 15.400 euros".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Primero.- Debemos condenar y condenamos al acusado, Manuel , como autor criminalmente responsable de un delito consumado continuado de apropiación indebida y de otro de deslealtad procesal, ya definidos, sin la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por el primero de tales delitos, de DIECIOCHO MESES DE PRISIÓN, con las accesorias de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y de inhabilitación especial para la profesión de Abogado por igual tiempo, y, por el segundo, la de DIECISEIS MESES DE MULTA, con una cuota diaria de DIEZ EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria prevista legalmente para caso de impago, y de inhabilitación especial para la profesión de Abogado por tiempo de DOS AÑOS; condenándole, asimismo, al pago de dos terceras partes de las costas procesales causadas, incluidas las originadas a la acusación particular y a que abone, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, a Nazario , la suma total s.e.u.o. de 32.811,88 euros, cantidad que devengará los intereses legales correspondientes. Segundo.- De otra parte, debemos absolver y absolvemos libremente al susodicho acusado, del delito de blanqueo de capitales, por el que, asimismo, ha venido acusado en esta causa, con declaración de oficio de la otra tercera parte de las costas Notifíquese la presente legalmente al Ministerio Fiscal y a las partes, y en forma personal al procesado, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella podrá interponerse recurso de casación en el plazo de los cinco días siguientes al de la última notificación".

Por Auto de 18 de diciembre de 2019 se rectificó la anterior sentencia conteniendo el siguiente Fallo:

"SE ACUERDA LA RECTIFICACIÓN del fallo de la sentencia en el sentido siguiente: Se RECTIFICA el mismo, debiéndose sustituir la mención realizada en el apartado Primero a "deslealtad procesal", por "deslealtad profesional". Se RECTIFICA el régimen de recurso contra la Sentencia, debiéndose dejar sin efecto la referencia al recurso de casación, siendo el recurso que corresponde apelación ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el plazo de diez días siguientes al de la última notificación. Contra el presente auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que proceden contra, en su caso, la resolución originaria que ya quedaron indicados al ser notificados. Los plazos para los recursos que procedan contra la resolución



de que se trate se interrumpen desde que se solicitó su aclaración, rectificación, subsanación o complemento, en su caso, y, en todo caso comienzan a computarse desde el día siguiente notificación de la presente".

La anterior sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, fue recurrida en apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que con fecha 8 de octubre de 2020 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Manuel , contra la Sentencia 42/2019 de 6 de noviembre de 2019 dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Salamanca debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma con expresa imposición de costas al apelante, incluidas las de la acusación particular".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado **D. Manuel** , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del acusado **D. Manuel** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los **medios** de prueba pertinentes y por vulneración del principio de presunción de inocencia al amparo del art 852 de la LECrim. y del artículo 24.2 de la Constitución Española.

Segundo.- Quebrantamiento de forma de las normas y garantías procesales por denegación de diligencia de prueba propuesta y aceptada, provocando evidente indefensión e incurriendo en infracción de precepto constitucional por vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y a utilizar los **medios** de prueba pertinentes, todo ello en la sentencia de apelación que recoge el contenido íntegro de la sentencia de instancia, al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y conforme al art. 852 de la LECrim y 24.2 CE.

Tercero.- Quebrantamiento de forma de las normas y garantías procesales por recoger como Hechos Probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo y falta de resolución sobre todos los puntos objeto de acusación y defensa, al amparo del artículo 851.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuarto.- Infracción de ley por error en la apreciación y valoración de la prueba, al amparo del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal así asumido íntegramente por la sentencia de apelación respecto a la de instancia.

Quinto.- Infracción de ley de precepto penal sustantivo por indebida aplicación de los artículos 74, 249 Y 252 (en su redacción vigente hasta 2015) del Código Penal en relación al delito básico continuado de apropiación indebida, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. en los Hechos Probados de la sentencia de instancia asumidos por la de apelación.

Sexto.- Infracción de ley de precepto penal sustantivo por indebida aplicación del art. 467.2 del Código Penal en relación al delito de deslealtad profesional al amparo del art. 849.1 de la LECrim. en los Hechos Probados de la sentencia de instancia asumidos por la de apelación.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria desestimación, dándose igualmente por instruida la representación de la Acusación Particular que solicitó su desestimación e **impugnación**, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 12 de julio de 2022, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación de Manuel , contra la Sentencia de fecha 8 de octubre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

SEGUNDO.- 1.- Por vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en el art. 5.4 de la LOPJ y 882 de la LECr., por vulneración del art. 24 de la Constitución Española en lo que se refiere al derecho a utilizar los **medios** de prueba pertinentes, así como a la presunción de inocencia.



Plantea el recurrente la inexistencia de prueba de cargo suficiente para el dictado de la condena y que toda la prueba existente se basa en la declaración de un testigo que cometió una doble venta y abonó un importe de 6500 euros por los gastos y costas de la primera venta y segunda del piso que se había generado.

Pues bien, ante la queja del recurrente sobre la valoración de la prueba hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;
- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Cierto y verdad es que existe una patente diferencia entre el análisis de la apelación y la casación, ya que en el primer tipo de recurso el Tribunal encargado de resolver, en este caso el TSJ, debe analizar la "suficiencia" de la prueba practicada y tenida en cuenta por el Tribunal de enjuiciamiento, mientras que en la casación se examina la legalidad, suficiencia y constitucionalidad de la prueba practicada, así como la razonabilidad de la prueba valorada por el Tribunal de apelación.

Pues bien, frente al alegato del recurrente, el TSJ ha llevado a cabo su proceso de análisis del grado de motivación suficiente de la sentencia, lo que es corroborado al comprobar el proceso llevado a cabo por el Tribunal de enjuiciamiento, quien ha analizado las pruebas practicadas a su presencia.

Por ello, cuestión relevante en el desarrollo del proceso penal la referencia al examen de la prueba que se ha practicado en el juicio y si existe "suficiente" prueba para enervar la presunción de inocencia, lo que debe evaluar el juez o tribunal bajo el prisma de una especie de "*termómetro sobre la prueba*", a fin de comprobar si la existente supera el "canon" del mínimo exigible para evidenciar al juzgado que el hecho ocurrió en la forma expuesta por la acusación y que el mismo lo perpetró el acusado, porque ese es el resultado de la prueba practicada, sin que las pruebas de descargo hagan abrigar una duda razonable que determine la absolución.

Pero este examen de la prueba y su relevancia debe afrontarse tomando diversos puntos de vista que deben ser examinados, porque lo que se exige en estos casos no es tener en cuenta "cantidad de prueba", sino "calidad de la prueba", y, sobre todo, comparar la de cargo y la de descargo.



Además, debemos recordar que la doctrina en este punto recuerda la referencia al derecho anglosajón en este terreno haciendo mención a la denominada carga de producción probatoria (*Production burdens on prosecution case*) en cabeza del acusador, el criterio de persuasión probatorio exigido al acusador (*beyond reasonable doubt*) y la posible intervención del acusado con asesoramiento lo que se conoce en los documentos históricos con la famosa frase se lo dejo a mi defensa (*I leave to my counsel*).

En este terreno, la doctrina señala que en cuanto a la carga de la prueba debe existir una doble comprensión:

- 1.- Por una parte, la carga de la persuasión (*persuasive burden* o *legal burden*), entendida como la obligación impuesta a una parte por una disposición legal de probar un hecho controvertido;
- 2.- Por otra parte, la carga de la evidencia (*evidential burden*), entendida como la obligación de una parte de aportar prueba suficiente de un hecho controvertido ante del tribunal de los hechos.

Porque en este terreno de la presunción de inocencia debe tenerse en cuenta que es el acusador el que debe construir su tesis acusatoria basada en la prueba de cargo que debe analizar el tribunal efectuando el juicio comparativo con la de descargo de la defensa, aunque sin las exigencias de ésta última, obviamente, de probar su inocencia, sino de ofrecer, también, las pruebas que contradicen y tienen como objetivo ofrecer la duda al tribunal acerca de la tesis de la acusación, o destruyendo las pruebas.

Nótese que en esto último consiste la tesis del contraindicio que puede oponer la defensa a los indicios plurales que puede ir ofreciendo y relatando la acusación para, con ello, ir destruyendo los indicios de ésta y *apagar* el requisito de la pluralidad de estos que se ha exigido la jurisprudencia para tratar de construir la acusación su prueba cuando carece de prueba directa y debe recurrir al proceso de la inferencia a la que reclama llegue el tribunal mediante el edificio construido de indicios que por su suma permitan llegar a la convicción de que los hechos sucedieron como plantea en su relato de hechos, y no como señala la defensa.

Por otro lado, es preciso atender con la doctrina anglosajona en este terreno a lo que denominan en el terreno de la exigencia de cuánta prueba y de qué calidad, que no cantidad, se debe exigir para tener por enervada la presunción de inocencia. Así, se apunta que la dosis de prueba es la regla que establece el nivel de suficiencia probatoria, y tiene su equivalente en la expresión anglosajona *standard of proof* que, en palabras del Tribunal Supremo americano, tiene por finalidad "instruir al jurado sobre el grado de confianza que la sociedad piensa que debería tener en la certeza de las conclusiones de los hechos en una particular declaración" (*In re Wip*). Se cita también la expresión *proof leaving no doubt*, que podría ser traducida por prueba fuera de toda duda.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha declarado que para vencer la presunción de inocencia, recogida en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la acusación debe practicar una prueba que esté más allá de toda duda razonable (*STEDH* de 6 de diciembre de 1988, caso Barberá, Messegue y Jabardo vs. España).

Es evidente, así, que la dosis de prueba es una medida subjetiva judicial, y que se plasma con la debida motivación de la sentencia en donde se lleva a cabo un desarrollo de la prueba que se ha tenido en cuenta por el tribunal para dictar sentencia, y que en el caso de condena en razón a que se entiende que se alcanza el grado de suficiencia y calidad de la prueba de cargo que no ha sido destruida por la de descargo expuesta por la defensa.

En cuanto a la razón de la convicción judicial expresada en la sentencia sobre la prueba de cargo es preciso recordar que la mejor doctrina expresa que no es fácil medir la intensidad de la convicción de una persona, ni ello puede desprenderse de un estándar legal, con lo que al final lo relevante es que existan mecanismos que nos permitan objetivar el proceso -subjetivo- de la formación de la convicción judicial, que es lo que se refleja en la sentencia con la motivación de la valoración probatoria en la medida en que en esta es donde debe el juez o tribunal reflejar cuál ha sido la prueba de cargo tenida en cuenta para la condena, y mediante un esfuerzo de concretar la prueba de cargo, explicar la concatenación entre la misma, reflejar la prueba de descargo de la defensa y el proceso objetivable de convicción, que aunque esta sea subjetiva es preciso que en su plasmación en la sentencia se objetive.

Se apunta de esta manera que se ha definido el estándar de prueba como la "medida del grado de certeza o probabilidad que la prueba debe generar en el tribunal de los hechos" y también como "el umbral mínimo para afirmar que una hipótesis ha sido probada". El término estándar de prueba debe relacionarse con el de la carga de la prueba que se exige para poder tener por enervada la presunción de inocencia, que es lo que discute el recurrente que no ha llegado al grado de "suficiencia", "entidad", y "calidad de la prueba" para poder entenderse que se ha alcanzado en el juicio oral la necesaria para destruir la inocencia del acusado.



De todos modos, la doctrina también destaca que no hay estándares absolutos en ningún proceso y dentro de cada estándar de prueba - *beyond any reasonable doubt (penal)* y *preponderance of evidence (civil)*- pueden existir grados (o intensidades) distintas de prueba, en función de la materia objeto de decisión.

También podemos hablar de "capacidad de la prueba para enervar la presunción de inocencia y de "virtualidad" para llevarlo a cabo, y ambas deberán expresarse en la sentencia dentro de la exigencia de motivación y conclusividad expresiva que se exige del juzgador en el reflejo en la sentencia de su valoración probatoria trasladada a la misma.

Con ello, a la hora de evaluar la prueba y su reflejo en la sentencia para examinar si permite la aportada por la acusación enervar la presunción de inocencia debemos reflejar los siguientes parámetros:

- 1.- La "calidad" de la prueba aportada por la acusación frente a la presunción de inocencia del acusado.
- 2.- El tipo de prueba que se va a tener en cuenta. Si se trata de prueba directa, de referencia, indiciaria, pericial
- 3.- Si se trata de pericial la confrontación de las periciales existentes.
- 4.- La "capacidad de la prueba tenida en cuenta para enervar la presunción de inocencia y de "virtualidad" para llevarlo a cabo.
- 5.- La inexistencia de la duda razonable.
6. Las máximas de experiencia reflejadas en la sentencia.
- 7.- El proceso deductivo del tribunal y el juicio de inferencia de conclusividad.
- 8.- Comparación de prueba de cargo y descargo.
- 9.- Desarrollo entrelazado y numerado de la prueba indiciaria tenida en cuenta con expresión del valor del contraindicio.
- 10.- Desarrollo de las razones para aceptar como creíble y valorativa la declaración de la víctima frente a la negativa del acusado a reconocer los hechos.

Resulta, así, un importante decálogo a tener en cuenta para que ello se refleje en la sentencia y sea expresivo de una correcta y adecuada motivación.

En el presente caso el TSJ ha valorado la prueba de cargo reseñada por el Tribunal de instancia con respecto a la operación de compraventa de una vivienda en virtud de la cual el perjudicado le entregaba 20.000 euros para formalizar la citada operación respecto de una vivienda que pertenecía al señor Roman , y en lugar de realizar el encargo dirigido a formalizar los trámites para la adquisición de la citada vivienda en favor del perjudicado llevó a cabo una operación distinta que consta en los hechos probados, dando lugar, además, a que la vivienda en la que estaba interesado el perjudicado fuera vendida por su propietario, y no recuperando el perjudicado los 20.000 euros que había entregado para la adquisición de la citada vivienda que se había apropiado el recurrente en perjuicio de tercero.

Señala el TSJ que: "De la prueba practicada se desprende de manera diáfana que el denunciante, Nazario , cliente del recurrente, estaba únicamente interesado adquirir el piso de la CALLE000 , propiedad de Roman y desconocía las supuestas dificultades por las que atravesaba la empresa de este y la necesidad de resolver su problema hipotecario con cláusula multidivisa que afectaba al piso junto con un chalet y un apartamento sobre endeudado, echando por tierra así la versión del letrado recurrente, de que se limitó a actuar, en calidad de mediador acercando los intereses de ambos, consiguiendo, por una parte que Roman hiciera un precio especial a cambio de que Nazario , comprara las participaciones de la sociedad propietaria del mismo, mediante la entrega de 20.000 euros, que en todo momento se han encontrado a su disposición en la sociedad mercantil IAFFINE TAP, de la que el recurrente es administrador único."

Añade el TSJ que:

"La realidad que se desprende tanto de la prueba documental, como de la testifical practicada ante Tribunal y valorada por este con impecable rigor lógico, en sus FFJJ TERCERO y CUARTO, es que el recurrente recibió 20.000 euros en efectivo de Nazario con la exclusiva finalidad de adquirir un piso suscribiendo, al efecto, un contrato privado de compraventa redactado por el recurrente en su calidad de abogado, y que cuando tuvo conocimiento, de forma casual, de que dicho piso había sido vendido a un tercero, interpuso, por consejo del propio recurrente, una demanda contra el vendedor, reclamándole la cantidad supuestamente entregada más los gastos de la hipoteca que había suscrito y las arras penitenciales, fallándose en su contra, con costas, como consecuencia de un pacto propiciado asimismo por el recurrente, 7 días después de la interposición de la demanda, en cuya virtud Nazario , recibiría solamente los 20.000 euros entregados, más 6500 euros en



concepto de indemnización por las costas abonadas, cantidad que entregó Roman al recurrente, siendo así que, a día de hoy (la sentencia desestimatoria data de 11 de noviembre de 2015) no existe constancia de que ninguna de las cantidades haya sido entregada por el recurrente al denunciante, quien jamás fue informado por el recurrente de los anexos añadidos al contrato de compraventa ni estampó su firma en ellos.

Entendemos, en definitiva, que la valoración realizada por la sentencia impugnada de la prueba en su conjunto se adecúa a las más elementales reglas de la lógica y a las máximas de experiencia sin que se haya omitido razonar la relevancia otorgada a cada una de ellas, y exponiendo las razones concretas que han servido para sustentar la convicción a la que ha llegado la Audiencia, que no resultan irracionales, arbitrarias ni absurdas."

Válida en consecuencia el TSJ la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia con respecto a que el recurrente, en su condición de abogado, y por esta condición, había recibido el encargo profesional del denunciante que le confiaba la gestión en la compra de una vivienda que quería adquirir, siendo aceptado el encargo por el recurrente y actuando como abogado del perjudicado Nazario, lo que determina la condena por deslealtad profesional.

Queda constatada la realidad de la entrega de los 20.000 euros mediante recibo firmado que consta documentalmente al Folio 14, cantidad que señala el Tribunal de instancia que tenía como fin materializar la operación de venta y hacerle llegar el dinero al vendedor del inmueble en que estaba interesado el perjudicado, sin que se haya demostrado por el recurrente que ese dinero llegará a manos del vendedor.

El propio Roman propietario de la vivienda en la que estaba interesada el perjudicado ha negado en todo momento haber recibido cantidad alguna por parte del recurrente, incumpliendo el pacto que había llegado éste con el perjudicado. Por ello, el Tribunal de instancia señala que el recurrente no cumplió el encargo de dar el destino convenido la suma que se le entregó y no se la dio a su destinatario, y tampoco se la devolvió al perjudicado una vez frustrada la venta, haciéndola suya definitivamente.

Señala el Tribunal que la dinámica del recurrente para dar apariencia de legalidad a su operación se centró en intentar involucrar al perjudicado en la adquisición de unas participaciones sociales de la entidad Metropol con retención de dicha cantidad.

Toda esta operación no fue conocida por el perjudicado y así lo explica de forma racional el Tribunal de instancia negando en todas sus declaraciones haberle dado instrucciones al recurrente para compra alguna de participaciones en ninguna sociedad, negativa que es creíble y aceptada por el Tribunal de instancia, ya que carecía de todo sentido cuando la operación principal era la adquisición de una vivienda. El Tribunal de instancia otorga plena credibilidad al perjudicado respecto a la entrega de los 20.000 euros que no le ha sido retornada y que la compra de la vivienda vino abortada, no por culpa del comprador o vendedor, sino por el recurrente en base a las explicaciones inveraces que este le daba respecto a la nueva elevación a escritura pública del documento de venta.

Pero es que, además, el perjudicado se vio obligado a iniciativa del recurrente a instar un procedimiento judicial para reclamar el importe de la cantidad de los 20.000 euros que pensaba había entregado el recurrente al señor Roman en el que finalmente fue condenado en costas según la sentencia de 11 de noviembre de 2015 que consta al Folio 45 por un acuerdo extrajudicial entre el propio recurrente y el señor Roman, y sin que el perjudicado hubiera recobrado en modo alguno el importe de la cantidad de los 20.000 ni las costas causadas, pese a haberlas recobrado el recurrente de parte del señor Roman.

Descarta por todo ello el tribunal el alegato del recurrente de que no tiene que devolver los 20.000 euros, basándolo en las supuestas operaciones mercantiles, ya que si se entiende que es la sociedad Laffine la que retiene la cantidad, siendo él el administrador de dicha sociedad, debería haberla puesto a disposición del perjudicado, sin hacer la más mínima gestión para devolver el importe. Pero no se centra el debate en que el perjudicado tenga que dirigirse a la Mercantil en reclamación de la devolución de la suma de los 20.000 euros, ya que las alegaciones del recurrente son contradictorias e incoherentes, ya que todo lo que se refiere a las operaciones de venta de las participaciones son cuestiones ajenas al perjudicado, cuyo fin era solo la adquisición de una vivienda y no todo el operativo que refiere el recurrente con respecto a la adquisición de dichas participaciones, algo ajeno al perjudicado.

Incide el Tribunal en que la cantidad entregada por el perjudicado al recurrente sigue en su poder y que se niega a devolverla, así como que la vendedora del piso de la CALLE000 no había recibido la señal de los 20.000 euros de parte del recurrente, en virtud de lo cual se consideró libre de enajenarlo, aunque existiera un documento privado, pese a lo cual, y a sabiendas de que no había entregado el importe el recurrente llevó al perjudicado a un procedimiento judicial de reclamación de cantidad que concluyó en una sentencia condenatoria con costas con cargo al perjudicado, mientras que el recurrente había obtenido del señor Roman una suma indemnizatoria en favor del perjudicado que también se la queda.



En consecuencia, el TSJ ha examinado la valoración de la prueba llevada a efecto por el Tribunal de instancia, quien concluye de forma definitiva y con una argumentación coherente y clara que el recurrente no realizó gestión alguna para la entrega de la cantidad, cuyo fin era solamente la adquisición de una vivienda, y no la relativa a una compra de participaciones en modo alguno, por lo que se argumenta de forma clara y contundente la existencia de prueba que enerva la presunción de inocencia con respecto a la apropiación de los 20.000 euros que entregó el perjudicado al recurrente y el incumplimiento del destino pactado con respecto al encargo que había recibido el recurrente del perjudicado. No puede admitirse el postulado del recurrente que traslada las culpas al señor Roman, señalando que fue el que realizó una doble venta cuando en realidad fue el recurrente quien incumplió el mandato del perjudicado de realizar la operación de compraventa, y lejos de ello se apropia de los 20.000 euros que no devolvió al perjudicado.

Hay que recordar que el Tribunal de instancia señala que los anexos al documento de compraventa, el perjudicado niega haberlos conocido, además que tampoco los firma, negando en todas sus declaraciones haber dado al señor Manuel instrucciones, o haberle autorizado compra de alguna participación en sociedad alguna, lo cual tiene su sentido, ya que ningún beneficio le reportaba la compra de participaciones en alguna sociedad cuyo beneficio era inexistente además de no firmar anexo alguno.

Resulta realmente incoherente la exposición y alegato de la pretensión de compra de unas participaciones sociales de una empresa del vendedor del inmueble, salvo que ello le sirviera al recurrente de coartada para quedarse con el dinero recibido para la compraventa.

Así, recordemos que se adicionan unas cláusulas absolutamente extrañas y ajenas al objeto de la compraventa referidas por las que se adquirirían por el perjudicado que había encargado al abogado ahora condenado la compra de un inmueble, y por este mismo en representación de una sociedad de la que era administrador, unas participaciones de una sociedad Mercantil del propietario del inmueble totalmente al margen de la compraventa, y en virtud de lo cual se producía documentalmente, -no realmente- por el abogado la entrega de los 20.000 euros, pero en concepto de arras penitenciales, que había recibido del cliente en concepto de señal para la compraventa, pero, a su vez, esos 20.000 euros se volvían a entregar al abogado en concepto de garantía y saneamiento por el buen fin de la compra de las participaciones. El objetivo estaba claro para apropiarse el abogado condenado de esos 20.000 euros sin llegar a formalizarse realmente la compraventa, como así ocurrió y dio lugar a que el propietario del inmueble lo vendiera a un tercero al no conocer el perjudicado-cliente del abogado todo este entramado y no recuperar nunca los 20.000 euros entregados para la gestión.

Y, además, razón evidente refleja el Tribunal de instancia en su sentencia con respecto al incumplimiento del mandato de la entrega de los 20.000 euros, ya que una vez frustrada la compra de la vivienda la entrega de los 20.000 euros no le ha sido retornada al perjudicado, habiendo sido retenida de forma indebida por el recurrente, pese a que la compra de la vivienda fue abortada no por culpa del comprador o vendedor sino por la operación llevada a efecto por el propio recurrente.

El motivo se desestima.

TERCERO.- 2.- Por quebrantamiento de forma, del art. 850.1 de la LECr., al haberse denegado diligencia de prueba propuesta en tiempo y forma y pertinente.

Afirma que se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, dado que considera que no se permitió la sustitución de un testigo fallecido, que acreditaría la dificultad económica por las que atravesaría la empresa del Sr. Roman.

Hay que reseñar que todo el operativo que dispone el recurrente con respecto a intentar disfrazar que los 20.000 euros que le entrega el perjudicado no lo eran para la adquisición de una vivienda, sino para la compra de unas participaciones de la sociedad Metropol determinan y plantea en este motivo la existencia de unas pruebas tendentes a esta finalidad que era ajena absolutamente al encargo realizado por parte del perjudicado.

Ya rechazó el TSJ este argumento en su sentencia ante la apelación deducida señalando que:

"El recurrente estima vulnerado su derecho a la defensa, por no haberse aportado unos documentos que cita en el otrosí del recurso, relativos a la hipoteca sobre un piso propiedad de Roman y los pagos realizados por este al recurrente por los trabajos encargados y no haberse sustituido la testifical del propietario de la nave alquilada por la empresa Metropol, del testigo Roman, fallecido en fecha anterior a la vista, por la de otro que aportara recibos sobre la resolución del contrato de alquiler de dicha nave, interesándose la práctica de las mismas en apelación.

La práctica de dichas pruebas, relacionadas con la situación de la empresa propiedad de Roman y de las relaciones profesionales entre este y el recurrente resultan, como se dice en la Sentencia, ajenas a los hechos objeto de la acusación, que no son otros, que la retención por parte del recurrente de la cantidad que recibió



del denunciante, Nazario , para la adquisición de un piso y la que, debería haber recibido en concepto de indemnización acordada como consecuencia del acuerdo extrajudicial entre el denunciante y el propietario del piso, retenida asimismo por el recurrente, por lo que no se ha estimado necesaria por esta Sala, su práctica."

La realidad fáctica es que el recurrente había recibido 20.000 euros de su cliente para que los entregara al vendedor del piso, y actuó de manera diferente, y acabó quedándose con el dinero.

Como indica la sentencia recurrida, la prueba ha mostrado que el perjudicado, Sr. Nazario , no quería comprar dos pisos, sino uno solo. Y, además, nada quería respecto a unas participaciones sociales de una empresa del propietario del inmueble. Ello constituía una "excusa documentada" para cubrirse y justificar la apropiación del dinero recibido.

Además, el perjudicado compraba el piso a una persona, no a una sociedad, de la que desconocía todo, especialmente porque no le importaba nada si tenía dificultades o no. Quería un piso, contrató la compra de un piso, y entregó al acusado, que era su abogado, el importe de la señal para fijar la adquisición de ese piso. Todo lo relativo a las cuestiones relacionadas a la compra de participaciones de una mercantil era un hecho ajeno al perjudicado, aunque articulado por el recurrente para dar apariencia de un destino del importe recibido y no devuelto nunca.

Hay que reseñar también que las pruebas propuestas tienen que ser pertinentes y necesarias y estos presupuestos no concurren en el presente caso en relación a lo que es el objeto que se analiza, así como no resulta pertinente y necesario el alegato de la sustitución de un testigo por otro, ya que el conocimiento de los hechos de un testigo es absolutamente personal y no cabe la sustitución del conocimiento de un testigo a otro como se postula por el recurrente; además, toda la cuestión relativa a la resolución del contrato de alquiler con la empresa Metropol, o la existencia de préstamos hipotecarios, así como contratos de alquiler del piso de la CALLE000 , así como las circunstancias personales de la situación hipotecaria del señor Roman respecto a sus propiedades, y si existía necesidad, o no, del señor Roman con respecto a su situación financiera, o económica, nada tiene que ver con los hechos que propiciaron el inicio de las actuaciones penales centrado en el encargo realizado por parte del perjudicado al recurrente de forma clara y concreta, siendo totalmente ajeno al perjudicado cuál era la situación financiera y económica en este caso del señor Roman , o las relaciones referidas con la empresa Metropol.

Ello determina que cuando se plantea la cuestión referida a la denegación de prueba, la propuesta tiene que ser pertinente y necesaria, así como relacionada con lo que es el objeto del análisis de enjuiciamiento y las cuestiones relativas a las circunstancias personales del señor Roman , la situación de arrendamiento de un inmueble o las condiciones de la empresa Metropol son absolutamente ajenas a lo que constituye el objeto de análisis de enjuiciamiento y conlleva la exclusión de la prueba referida por su no pertinencia y necesidad, que es lo que motivó la denegación de prueba, así como la referencia que efectúa de forma acertada el TSJ de la desestimación de la prueba que lleva a cabo en la fundamentación jurídica antes expuesta en virtud de lo cual razona la no admisión de la propuesta del recurrente.

La proposición de prueba no lo es de "cualquier prueba", sino de aquella que sea pertinente y necesaria, por lo que es correcta la no admisión y práctica de prueba que lleven ajenidad evidente al objeto del caso enjuiciado.

Por ello, el recurrente altera el objeto del debate y el centro de la acción penal dirigida a la apropiación del dinero y la finalidad concreta que tenía el perjudicado de adquirir un inmueble y entregar una cantidad al recurrente para que realizara la gestión oportuna. Todas las cuestiones que plantea el recurrente son ajenas al objeto del debate, aunque centradas en un enfoque que se distancia de la esencia del mandato que le dio el perjudicado, pero que articula para pretender dar encaje y apariencia a una operación irreal e ilógica que ha sido rechazada por el Tribunal de instancia y por el TSJ en la valoración realizada de la prueba practicada en el juicio oral.

Para nada afectaban a la esencia de lo enjuiciado las circunstancias personales del señor Roman , si había o no arrendamiento de inmuebles en la CALLE000 , o cual era ajeno a lo que pretendía adquirir el perjudicado, o las circunstancias de la empresa Metropol.

El motivo se desestima.

CUARTO.- 3.- Por quebrantamiento de forma, del art. 851.1 de la LECr., al no expresar la sentencia claramente los hechos probados, o resulte contradicción entre ellos, o emplearse expresiones jurídicas predeterminantes del fallo y por quebrantamiento de forma, del art. 851.3 de la LECr., al no resolver la sentencia sobre todos los puntos objeto de la acusación y la defensa.

El recurrente considera predeterminantes del fallo las expresiones descriptivas de los hechos probados en las que se plasma la realidad de los hechos que se consideran acreditados.



Se denuncia la existencia de quebrantamiento de forma por la vía del art. 851.1 LECRIM por haberse incluido en la sentencia en los hechos probados conceptos jurídicos que implican la predeterminación del fallo, lo que conlleva en la consideración de la jurisprudencia de esta Sala el empleo de frases, palabras o términos que supongan un anticipo o adelantamiento en el hecho probado de expresiones acusadoras o contenidas en la descripción del tipo penal y que son, en definitiva, más propias de los fundamentos de derecho que de los hechos probados, es decir, más propias de la fundamentación de la subsunción del hecho en la norma, lo que podría provocar indefensión en el acusado que podría ver por esta mecánica limitados sus **medios** impugnatorios.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha tratado esta cuestión y motivo impugnatorio en varias resoluciones. Entre ellas la STS 170/2016, de 2 de Marzo señala que: "Comenzando por la objeción relativa al uso de términos jurídicos en los hechos de la sentencia, hay que decir que la proscripción de semejante modo de operar responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el derecho punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como incriminables, en razón de su carácter lesivo de algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan previstas, de manera taxativa, en el Código Penal; pues sólo a partir de esta intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia, mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba. Solo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquella en un supuesto típico de los del Código Penal. Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisonal, al carecer de un referente objetivo, se haría tautológico o circular y, por ello, arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que *los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter asertivo, que son aquellos de los que puede predicarse verdad o falsedad y, por eso, los adecuados para referirse a datos de naturaleza empírica*. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídico, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada de ese vicio (art. 851,1º in fine , de la Ley de E. Criminal)."

No puede, con ello, adelantarse el resultado de los fundamentos de derecho en los hechos probados porque en la cadena descriptiva estos son los que suponen argumentación de unos hechos de carácter asertivo y con exclusión de enunciados jurídicos.

Los requisitos que deben observarse para la apreciación de este motivo casacional son los siguientes, según consta en la STS 39/2016, de 2 de Febrero:

- a.- Utilización en los hechos probados de conceptos que unitariamente describan una infracción delictiva, o de frases técnico jurídicas que engloben la definición de un concreto tipo punible, siempre que por ellas solas se lleve indefectiblemente al pronunciamiento decisorio acordado.
- b.- Que se trate de expresiones técnico jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.
- c.- Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan solo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común.
- d.- Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo.
- e.- Que suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el relato histórico son base alguna y carente de significado penal.

Bajo esta línea, señala la Sentencia citada 39/2016, de 2 de Febrero que:

"El art. 851.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige que las sentencias penales, sean condenatorias o absolutorias, expresen clara y terminantemente los hechos que han quedado probados (formulación positiva) sin que baste la expresión de que no han quedado probados los alegados por las acusaciones. Interpretando el mandato implícito contenido en el art. 851.2 de la LECrim, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que las sentencias deberán contener una relación de los hechos que estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, de los que pueden directamente deducirse el pronunciamiento condenatorio o de libre absolución; y ha considerado que procede la estimación de la denuncia con la consiguiente declaración sobre la existencia del vicio formal cuando se aprecie una carencia absoluta de declaración de todo hecho o cuando la resolución se limita a declarar genéricamente que no están probados los que son base de la acusación.

...Por tanto, el vicio denunciado pasa en síntesis por sustituir la descripción histórica de los hechos por su definición técnico-jurídica, de forma que no se trata tanto de omitir las expresiones empleadas por el legislador



en la definición de los tipos penales, la mayoría de ellas de uso común, sino de emplear conceptos jurídicos haciendo abstracción de su contenido histórico."

Por el vicio denunciado no es viable -dice la STS. 401/2006 de 10.4-, cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción judicial, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

Como dice la Sentencia 1519/2004, de 27 de diciembre, lo que la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe por este motivo es la utilización de expresiones estrictamente técnicas que describen los tipos penales, como sería decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación, o llevó a cabo un vertido contaminante (sin describir el mismo) en el delito medioambiental, por solo poner dos ejemplos.

No lo será, cuando se diga que A mató a B, en el delito de homicidio, aunque tal verbo (matar) sea precisamente el utilizado en el art. 138 del Código penal. O en palabras de la Sentencia 152/2006, de 1 de febrero, la predeterminación del fallo, como vicio impugnabile de cualquier sentencia penal, tiende a evitar que la estructura lógica del razonamiento decisorio, sustituya lo descriptivo por lo valorativo.

Con su articulación se impone al órgano judicial la necesidad de una nítida separación entre el *juicio histórico* y el *juicio jurídico*, pero no hay, en el sentido propio de esta expresión, consignación de conceptos jurídicos predeterminantes, cuando se relatan unos hechos susceptibles de ser calificados como delito, pues ésta es previamente la finalidad de la premisa menor del silogismo sentencial cuando la conclusión de la sentencia es un fallo condenatorio (STS. 28.5.2002).

Por ello, en un cierto sentido los hechos probados tienen que predeterminar el fallo, pues el "factum" en cuanto es la base de la calificación jurídica de los hechos enjuiciados es lógicamente determinante de ésta, salvo manifiesta incongruencia, por ello debe relativizarse la vigencia de este vicio in procedendo. (SSTS. 429/2003 de 21.3.2004 de 26.2, 280/2004 de 8.3, 409/2004 de 24.3, 893/2005 de 6.7).

En esta dirección la STS. 7.11.2001, nos dice: "En realidad el relato fáctico debe, en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de imprescindible sustrato fáctico. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica -imprescindible- sino que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir, que se determina la subsunción no mediante un relato histórico sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados".

Igualmente es frecuente como recuerdan las SSTS. 253/2007 de 26.3, 702/2006 de 3.7 y 1328/2001 de 5.7, que se alegue en casación este vicio procesal cuando en los hechos probados se afirma la *existencia de un determinado propósito o intención de la conducta del acusado, de modo que con tal afirmación se hace posible la incardinación de lo ocurrido en una determinada norma penal que exige el dolo como elemento constitutivo de todo tipo penal doloso o un determinado elemento subjetivo del injusto* (por ejemplo, cuando se habla de que se obró con propósito de causar la muerte o con ánimo de lucro). Se dice que estas afirmaciones han de hacerse en los fundamentos de derecho tras exponer las razones por las cuales se entiende que existió esa concreta intención o propósito.

Pero no existe ningún vicio procesal cuando su concurrencia se afirma entre los hechos probados. En estos casos, cuando la presencia del dolo o del elemento subjetivo del injusto ha sido objeto de debate, lo que no está permitido es realizar la afirmación de su concurrencia en los hechos probados de modo gratuito, es decir, sin explicar por qué se realiza tal afirmación que ha sido cuestionada por la parte. Esta explicación forma parte de la motivación que toda sentencia debe contener (art. 120.3 CE) y ordinariamente esa intención o propósito ha de inferirse de los datos objetivos o circunstancias que rodearon el hecho por la vía de la prueba de indicios. Podrá ser suficiente que la inferencia citada, aun no explicada, aparezca como una evidencia a partir de tales datos objetivos y en tal caso no es necesario un razonamiento al respecto cuyo lugar adecuado es el de los fundamentos de derecho. Pero esta cuestión nada tiene que ver con el vicio procesal de la predeterminación del fallo, sino con el tema de la prueba: el problema es si en verdad puede afirmarse como probada la realidad o intención que la resolución judicial dice que concurre.



En definitiva, como precisa la STS. 140/2005 de 2.2, la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo delictivo, puede utilizarse legítimamente dentro del relato fáctico para dar mayor expresividad al relato, siempre que luego se explique cómo ha quedado acreditado dicho elemento.

Examinados los hechos probados no existe ni una sola referencia a un concepto técnico jurídico que implique predeterminación del fallo como se exige por la doctrina de la sala, y las expresiones o referencias que se contienen en el motivo van más dirigidas a cuestionar lo que se dice en los hechos probados en cuanto a su conclusión basada en la prueba practicada en el juicio oral, pero no en cuanto al concepto de la predeterminación del fallo en que se basa el motivo, ya que se cuestionan las afirmaciones contenidas en los hechos probados en cuanto a que sean resultado de la prueba practicada, pero ello no tiene nada que ver con la predeterminación del fallo.

La queja real del recurrente está basada más, pues, en cuestiones relativas a la discrepancia con lo que consta en los hechos probados, que por una realidad infractora de la predeterminación del fallo. Se incide en el motivo en la falsedad de afirmaciones que constan en los hechos probados, pero ello no supone la infracción en la que se basa el motivo sino, como decimos, en la propia discrepancia con el redactado de los hechos probados, lo cual no supone la infracción pretendida en el motivo.

El motivo se desestima.

QUINTO.- 4.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECr., por apreciarse error en la valoración de las pruebas evidenciado por documentos obrantes en la causa que muestran el error del juzgador.

Se refiere el recurrente a la existencia de un error en la valoración de las pruebas, derivada de un conjunto de documentos entre los que se incluyen las declaraciones de diversos testigos, a través de todos los cuales propone una nueva interpretación de los hechos declarados probados, acorde con las pretensiones del recurrente.

El recurrente cita una serie de documentos que no tienen el carácter de literosuficientes que exige el artículo 849.2 de la ley procesal penal, así como otros que son ajenos absolutamente al objeto de enjuiciamiento y del debate surgido, ya que se incide en cuestiones relativas a valoración del inmueble, documentos sobre contratos de alquiler de la nave, siendo otros relativos a declaraciones testificales, o presupuestos de encargos, todo lo cual no tiene la naturaleza de documento que puede ser admitido por la vía del motivo que se articula.

Esta Sala se ha pronunciado sobre el valor del documento a efectos casacionales, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo 1159/2005 de 10 Oct. 2005, Rec. 2295/2004, donde recogemos que el art. 849.2 LECrim recoge los motivos basados en error en la apreciación de la prueba, respecto de los que exige que dicho error se encuentre basado en "documentos que obren en autos", que tales documentos demuestren la equivocación del Juzgador, y que tales documentos no resulten "contradichos por otros elementos probatorios". Así pues, en el recurso debe designarse el documento que acredite el error en la apreciación de la prueba que se alega (art. 855, párrafo 3º LECrim).

La jurisprudencia exige para que el motivo basado en error de hecho del art. 849.2 LECrim. puede prosperar los siguientes requisitos:

- 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa;
- 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones;
- 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y
- 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo (Sentencias de 24 de enero de 1991; 22 de septiembre de 1992; 13 de mayo y 21 de noviembre de 1996; 11 de noviembre de 1997; 27 de abril y 19 de junio de 1998; STS nº 496/1999, de 5 de abril).

Quedan por tanto, excluidos del concepto de documento a efectos casacionales, todos aquellos que sean declaraciones personales aunque aparezcan documentadas. La razón se encuentra en que las pruebas personales como la testifical y la de confesión, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediatez la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6). Por ello esta Sala no admite que pueda basarse un motivo en error de hecho



cuando se indica que el documento en el que consta el error es el atestado policial (STS. 796/2000 de 8.5), tampoco tienen el carácter de documento las diligencias policiales en las que se contienen las manifestaciones de los agentes o de quienes declaran ante ellos; ni la confesión, la declaración de un imputado o coimputado, las declaraciones testificales y el acta del juicio oral (SSTS. 28.1.2000, 1006/2000 de 5.6, 1701/2001 de 29.9).

Los documentos que se citan no tienen el carácter de literosuficientes y pretende plantear por esta vía de nuevo el error en la valoración de la prueba cuando se ha expresado ya por el Tribunal de instancia la correspondiente valoración de la prueba practicada en el juicio, que ha sido validado y ratificado por el TSJ en el análisis de la racionalidad de la valoración probatoria. Pretende el recurrente mantener el criterio con respecto a la existencia de la validez de un operativo que articula para tratar de dar apariencia y justificar la apropiación de los 20.000 euros que le entrega el perjudicado para un único objeto, cuál era la adquisición de una vivienda, pero tales alegatos han sido contradichos por los elementos probatorios que han sido descritos ya por el Tribunal de instancia y validados por el TSJ.

El recurrente impidió que el dinero llegase al vendedor por el concepto que lo había recibido, quedándose para sí la cantidad recibida a través de la maquinación que relata el hecho probado. No hay error alguno en la valoración de las pruebas, ni los documentos invocados muestran la existencia de error alguno.

El motivo se desestima.

SEXTO.- 5.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., al haberse aplicado indebidamente los arts. 74, 249, y 252 del Código Penal.

Plantea el recurrente este motivo por infracción de ley del artículo 849.1 de la ley procesal penal entendiéndolo que se infringe el artículo 252 CP respecto a la apropiación indebida, no dándose los elementos del tipo como el ánimo de lucro propio o ajeno y el propósito de hacer suya la cosa.

Esta Sala ha reiterado (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 849/2013 de 12 Nov. 2013, Rec. 10038/2013, STS. 121/2008 de 26.2) que el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim. ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es el enfoque jurídico que a unos hechos dados, ya inalterables, se pretende aplicar, en discordancia con el Tribunal sentenciador. La técnica de la casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado.

Por ello, con harta reiteración en la práctica procesal, al hacer uso del recurso de casación basado en el art. 849.1 LECrim. se manifiesta el vicio o corruptela de no respetar el recurrente los hechos probados, proclamados por la convicción psicológica de la Sala de instancia, interpretando soberana y jurisdiccionalmente las pruebas, más que modificándolos radicalmente en su integridad, alterando su contenido parcialmente, lo condicionan o desvían su recto sentido con hermenéutica subjetiva e interesada, o interpolarse frases, alterando, modificando, sumando o restando a la narración fáctica extremos que no contiene o expresan intenciones inexistentes o deducen consecuencias que de consuno tratan de desvirtuar la premisa mayor o fundamental de la resolución que ha de calificarse técnicamente en su tipicidad o atipicidad y que necesita de la indudable sumisión de las partes.

En definitiva no puede darse una versión de los hechos en abierta discordancia e incongruencia con lo afirmado en los mismos, olvidando que los motivos acogidos al art. 849.1 LECrim. ha de respetar fiel e inexcusablemente los hechos que como probados se consignan en la sentencia recurrida.

Señalan, así, los hechos probados que:

"Probado y así se declara que el acusado, Manuel , mayor de edad y sin antecedentes penales, Abogado en ejercicio en esta ciudad de Salamanca, y que también en las fechas que se dirán ostentaba, entre otros, el cargo de administrador único de la mercantil Laffine Tap, S. A, por razón de su profesión de Abogado, trabajó contacto, en el mes de diciembre del año 2012, con Nazario, que había sido cliente suyo y quien estaba interesado en la compra de una vivienda en esta ciudad, asumiendo el acusado, en dicha condición de Abogado y como intermediario, el encargo de buscar y adquirir una vivienda para aquel.

Como quiera que el acusado sabía y tenía noticia de que Roman ponía o tenía puesta a la venta, a título personal, una vivienda de su propiedad, sita en la CALLE000 n o NUM000, de esta ciudad y, además, en cuanto representante de la mercantil Metropol Arte y Decoración, S. L., también, estaba interesado en poner a la venta



un apartamento sito en la CALLE001 de esta misma ciudad, se suscribió por Nazario con el señalado Roman , en fecha 28-12-2012, un contrato privado de compraventa, -intermediado y redactado por el acusado-, por virtud del cual adquiriría el Sr. Nazario la indicada vivienda de la CALLE000 , entre otras condiciones, en las de por un precio de 220.000 euros, otorgamiento de la escritura pública correspondiente, como máximo, en los cuatro primeros meses del año 2013, entrega de llaves en el momento del dicho otorgamiento, etc.

A tal fin y, para hacer viable dicha transmisión, el 10 de enero de 2013, el Sr. Nazario le entregó personalmente al acusado, en efectivo, la cantidad de 20.000 euros, para que éste último se la entregara o hiciera llegar al citado vendedor en concepto de señal de la dicha compra de la referida vivienda, entretanto que el comprador citado ya venía realizando las oportunas gestiones para acceder al necesario préstamo hipotecario que le permitiera hacer frente al pago, al momento del otorgamiento de escritura, del resto del precio pactado (logrando la concesión de dicho préstamo, a la postre sin finalidad alguna, originándose, por ello, unos gastos de 524,03 euros), y llegando a satisfacer a la Hacienda Pública correspondiente, la suma de 15.400 euros en concepto de liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, por la señalada compra del inmueble, materializada en el citado documento privado.

El acusado, -traicionando la confianza en él depositada por el Sr. Nazario, a sus espaldas y sin su consentimiento, arrogándose una representación y facultades que para ello no tenía, dado que, el primero no tenía ningún interés en adquirir el apartamento ya reseñado de la CALLE001 , y sin que, en ningún momento, le hiciera llegar a Roman la cantidad que el Sr. Nazario le dio para que sirviera de señal de la compra-, procedió, en fecha 11 de febrero, a suscribir y firmar, en la supuesta representación del Sr. Nazario , con et repetido Roman , tres anexos al referido contrato privado de compraventa de la vivienda de la CALLE000 , por virtud de los cuales, en primer lugar, se hacía constar que el acusado, en nombre y representación del Sr. Nazario , hacía entrega al vendedor de la cantidad de 20.000 euros en concepto de arras penitenciales, es decir, que se incorporaba una cláusula de arras, por mor de la cual el Sr. Nazario habría desembolsado esa cantidad de 20.000 euros en garantía de la elevación a público del contrato, en concepto de parte del precio y en concepto de arras penitenciales...; en segundo lugar, que el Sr. Roman , en su propio nombre y en el de su madre, Valle , como partícipes de la sociedad Metropol Arte y Decoración, S. L, y el acusado, en nombre y representación tanto del Sr; Nazario (la que no tenía y, como se dice, sin su consentimiento y conocimiento), como de la mercantil que administraba, Laffine, se suscribía un contrato de compraventa de participaciones sociales, con la consecuencia de que Metropol vendía parte de las participaciones al Sr. Nazario (núms. 1 y 2), y luego otra parte importante del resto de las tales participaciones sociales a Laffine (núms. 7 a 10), pactándose que la vendedora entregaba a la parte compradora (Laffine) la cantidad de 20.000 euros que quedaba en poder del comprador por un plazo de seis meses en garantía de saneamiento de obligaciones, cargas y deudas.

Mediante esta operación, que le era ajena al Sr. Nazario , el acusado trataba de justificar que la cantidad de 20.000 que este le había entregado para pago de señal de la vivienda de la CALLE000 quedara en su poder, en cuanto supuesto representante suyo en esta venta de participaciones sociales de Metropol...

Y, como había pasado el tiempo pactado de cuatro meses y el Sr. Nazario comprobaba que la compra que había efectuado en el documento privado de diciembre de 2012 no se materializaba en la prevista escritura notarial, conociendo que esa misma vivienda el propietario Roman se la había vendido a un tercero en escritura pública, y creyendo en las palabras, asesoramiento, defensa y asistencia jurídica del acusado, interpuso, en fecha 8-6-2014, demanda de reclamación de cantidad frente al señalado Roman , por la suma de 40.524,03 euros, -de los cuales 20.000 corresponderían a la cantidad abonada como parte del precio de la venta, otros 20.000 como arras penitenciales, y el resto de 524,03 euros a gastos de solicitud de hipoteca-; la cual dio origen a la tramitación ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Salamanca del procedimiento seguido con el nº 450/2014 .

La demanda vino desestimada por sentencia de fecha 11-11-2015, por razón de una satisfacción extraprocésal derivada de un acuerdo extraprocésal adoptado entre el acusado, como Abogado del Sr. Nazario , y el demandado Roman , aunque como consecuencia de ello, se originaron unas costas procesales, por importe de 6.311,88 euros, que han sido abonadas y satisfechas por el demandante de aquel pleito, o sea, el Sr. Nazario .

Paralelamente a la tramitación del procedimiento judicial que se dice, en concreto, el 17-6-2014, a los siete días de presentar la demanda, y dado que, como se ha anticipado, habían transcurrido todos los plazos pactados para elevar a escritura pública el acuerdo privado de compraventa de la vivienda de la CALLE000 , en un nuevo Anexo (el II) al aludido contrato de venta de participaciones sociales, el acusado pactó con Roman , por un lado, que éste le debía entregar 6.500 euros como indemnización de perjuicios en favor del Sr. Nazario por la frustrada venta de la vivienda a dicho comprador, siendo así que el citado Sr. Roman le entregó al acusado la tal suma de 6.500 euros mediante sendas transferencias bancarias realizadas a los dos días de la firma de dicho acuerdo en tal Anexo y, por otro, que él, como intermediario se comprometía a devolver al Sr. Nazario los 20.000 euros que había recibido el 10 de enero de 2013, compromiso que no se ha cumplido, quedándose el acusado, con ánimo de hacerlas suyas definitivamente, además de con la ya referida suma de 20.000 euros que le entregó el



Sr. Nazario para consumir la venta de la vivienda en que estaba interesado, con la de 6.500 euros que le entregó el Sr. Roman para que se la entregara a aquél en concepto de indemnización de perjuicios.

Tampoco el acusado en estos años ha girado al Sr. Nazario minuta de clase alguna por sus servicios para justificar, en laguna medida, la retención de cantidades que se dice.

Tras diversas gestiones, el Sr. Nazario ha logrado recuperar de la entidad pública correspondiente, el importe que satisfizo por la liquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en la cantidad ya reseñada de 15.400 euros."

Nos encontramos, con ello, con una redacción de los hechos probados que determina la perfecta y correcta subsunción de los hechos probados en el tipo penal de la apropiación indebida por el que ha sido condenado el recurrente.

No existe, pues, ninguna infracción de ley postulada por el recurrente en su motivo, ya que es conocido que la articulación del mismo exige el respeto de los hechos probados y la redacción de los que se han expuesto determinan que el recurrente recibió una cantidad con un mandato concreto y determinado en la adquisición de una vivienda para realizar las gestiones oportunas ante el vendedor, y, lejos de ello, no realizó el mandato tal cual se había establecido por las órdenes expresas y contundentes del perjudicado, sino que lo modifica y varía en perjuicio del mismo.

La realidad es que el inmueble se vende más tarde a tercero, pero en lo que afecta al perjudicado es la no devolución del importe entregado para gestionar la compraventa al abogado, y la apropiación para sí de ese importe, disfrazando todo el operativo con unos anexos ajenos completamente a la intención real del perjudicado en la compra de una vivienda tan solo, y quedando al margen todas las circunstancias referidas en los hechos probados con respecto a los anexos en relación a la compra de participaciones sociales que en ningún momento y circunstancia eran el objeto del perjudicado.

En cualquier caso, sea como fuere, la cantidad entregada por el perjudicado era para un destino concreto y específico, y esa suma ni se ha entregado al vendedor, ni se ha devuelto al perjudicado, no siendo viable entender de ninguna manera que esa cantidad está en manos de la sociedad mercantil Laffine administrada por el recurrente, ya que ello es totalmente ajeno a la finalidad pretendida por el encargo realizado por el perjudicado. Ni Metropól ni Laffine tenían nada que ver con el encargo realizado y quedaban totalmente al margen del mismo.

Con todo ello, el recurrente utilizó una representación del comprador y cliente suyo que no tenía para concertar otros negocios jurídicos distintos en forma de anexos al contrato de compraventa, y en virtud de los cuales obligaban al comprador a la adquisición de una parte de una sociedad del vendedor, a cuyo fin el recurrente recibía 20.000 euros (es decir, la misma cantidad que supuestamente debía entregar al vendedor), para saneamiento de cargas y deudas.

Es decir, crea un artificio, contra el conocimiento, consentimiento y los intereses de su cliente, con los que - como señalan los hechos probados- pretende justificar que el dinero que le entrega el Sr. Nazario para señalar la operación del piso en que está interesado, ahora gracias a otros negocios jurídicos diferentes, lo retiene él en garantía de operaciones que al Sr. Nazario, -perjudicado- ni le interesan ni las conoce. Y desde luego, en garantía de operaciones que al vendedor no le obligan a formalizar la compraventa que el Sr. Nazario pretendía realizar y por la cual entregó los 20.000 euros. Al no formalizarse la compraventa del inmueble se vende el mismo a tercero y la suma entregada por el perjudicado para la compra del inmueble queda apropiada en poder del recurrente sin autorización alguna.

El recurrente debía haber devuelto el importe de los 20.000 euros al perjudicado, y, además, inmediatamente en todo caso, y nada de esto hubiera ocurrido. Pero, sin embargo, lo retiene y se lo queda causando un claro perjuicio al perjudicado, al alterar el mandato encargado y apropiarse del dinero entregado para la compraventa, lo que integra el tipo penal de la apropiación indebida tal cual expresa el tribunal de instancia y valida el TSJ.

Incluso aunque fuera cierta la referencia de los Anexos, que no lo es, el recurrente se siguió quedando los 20.000 euros en lugar de habérselos devuelto al perjudicado una vez frustrada la venta, pero no lo hace y se los queda con ánimo de lucro y perjuicio de tercero.

El recurrente lo que hace es plantear una queja del relato de hechos probados señalando que son sesgados y que reflejan de manera parcial lo ocurrido, lo que está en contra del planteamiento del motivo indicado por infracción de ley que exige el respeto de los hechos probados. El contenido del motivo lo que hace es discrepar de la valoración de la prueba.

Por ello, el recurrente, después de señalar cuál es el contenido del delito de apropiación indebida al momento de los hechos, lo que hace es negar la existencia de la apropiación y del ánimo de lucro, así como el perjuicio de



tercero, señalando que el dinero fue entregado al vendedor como parte del precio, aunque apunta que existió una compraventa de participaciones de la sociedad Metropol, lo que es absolutamente incierto, porque ello no consta en los hechos probados, o, mejor dicho, consta todo lo contrario, con lo cual está alterando el contenido de los mismos hechos probados.

Estos hechos probados son evidentes respecto de la apropiación indebida, como se ha expuesto, a saber:

"El acusado pactó con Roman , por un lado, que éste le debía entregar 6.500 euros como indemnización de perjuicios en favor del Sr. Nazario por la frustrada venta de la vivienda a dicho comprador , siendo así que el citado Sr. Roman le entregó al acusado la tal suma de 6.500 euros mediante sendas transferencias bancarias realizadas a los dos días de la firma de dicho acuerdo en tal Anexo y, por otro, que él, como intermediario se comprometía a devolver al Sr. Nazario los 20.000 euros que había recibido el 10 de enero de 2013, compromiso que no se ha cumplido, quedándose el acusado, con ánimo de hacerlas suyas definitivamente, además de con la ya referida suma de 20.000 euros que le entregó el Sr. Nazario para consumir la venta de la vivienda en que estaba interesado, con la de 6.500 euros que le entregó el Sr. Roman para que se la entregara a aquél en concepto de indemnización de perjuicios"

Señala el recurrente que la solución hubiera sido más sencilla si se le hubiera reclamado el dinero, pero en ningún caso ese dinero se ha devuelto, y ha sido retenido, y todo ello con ánimo de lucro como describen los hechos probados. Además, al encontrarnos en el territorio de infracción de ley no es posible plantear cuestiones que se refieran a la valoración de prueba, ya que queda absolutamente al margen del planteamiento de este motivo, y en el mismo se vuelven a suscitar cuestiones relativas a valoración de prueba planteando otra distinta a la obtenida por el Tribunal de instancia y validada por el TSJ, lo que es ajeno al contenido del motivo deducido.

Lo mismo cabe decir de la suma de los 6.500 euros que consta en los hechos probados entregados como concepto indemnizatorio y para que fuera administrado por el propio recurrente para su entrega y devolución al perjudicado, sin que esa cantidad tampoco se haya devuelto, con lo cual realiza una apropiación de una suma recibida en administración de la misma para su entrega al perjudicado, y sin que haya cumplido, tampoco, y por segunda vez, el mandato de la entrega, ya que no lo recibe él personalmente, sino como mandatario para su devolución al perjudicado, sin que lo haya hecho.

No se trata, como dice la sentencia de instancia, de unos honorarios con respecto a última cantidad, sino de otra cantidad añadida a los 20.000 euros que primero recibió para la operación contractual que no se lleva a cabo, y es por su mala praxis por lo que se frustra la operación de compraventa, con lo que la entrega de la cantidad indemnizatoria que se pacta con el señor Roman debía haber ido a manos del perjudicado y no retenerla y quedársela el recurrente con una apropiación indebida, ante la obligación de entrega al perjudicado que no llevó a cabo, lo mismo que los 20.000 euros inicialmente recibidos en gestión de mandato y no devueltos ante la frustración causada por su gestión dolosa. El recurrente pretende darle el título de *honorarios* a la suma de 6.500 euros, pero los hechos probados determinan y dictaminan que fue una indemnización por la venta frustrada del señor Roman al perjudicado denunciante, transformando el recurrente en su motivo ese concepto en sus propios honorarios que no ha sido reconocido en ningún caso en los hechos probados, planteándose el motivo por infracción de ley.

En este caso concreto no existe un incumplimiento civil, sino un delito de apropiación indebida continuado por ambas cantidades ante el encargo y gestión recibida en ambas de realizar la entrega de la misma, no habiéndolo hecho y habiéndose quedado ambas cantidades bajo la vía del *punto sin retorno* y con claro perjuicio económico evidente.

Los hechos probados no pertenecen al campo y territorio del incumplimiento civil, sino del ilícito penal, como acertadamente se ha concluido.

Como señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 394/2022 de 21 Abr. 2022, Rec. 4032/2020:

"No resulta ocioso pronunciarse sobre la aplicación que subyace en el motivo del principio jurídico penal de "intervención mínima". Para ello debemos recordar, lo ya expuesto, en sede teórica, de la distinción entre dolo penal y dolo civil. En SSTS 434/2014, de 3-6; 105/2017, de 21-2, se indicaba que: "la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa o apropiación indebida es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles..."



En definitiva, la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuricidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la "sanción" existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y los principios de legalidad y de mínima intervención que lo inspira.

1.- *Comportamiento típico en precepto penal.*

El primero se dirige en especial a los Jueces y Tribunales. Solo los comportamientos que son susceptibles de integrarse en un precepto penal concreto pueden considerarse infracción de esta naturaleza sin que sea dable incorporar a la tarea exegética ni la interpretación extensiva ni menos aún la analogía en la búsqueda del sentido y alcance de una norma penal. Ello significa que la limitación que la aplicación de este principio supone imponer la exclusión de aquellas conductas que no se encuentran plenamente enmarcadas dentro de un tipo penal o lo que es igual, pretendiendo criminalizar conductas previamente a su definición dentro del orden jurisdiccional competente, para delimitar dentro de él las conductas incardinadas dentro de esta jurisdicción y establecer la naturaleza de la responsabilidad para, llegado el caso, trasladarlas a este orden jurisdiccional limitativo y restrictivo por la propia naturaleza punitiva y coercitiva que lo preside.

2.- *Imposibilidad de utilizar otros instrumentos para resolver el conflicto.*

El segundo supone que la sanción penal no debe actuar cuando existe la posibilidad de utilizar otros **medios** o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico. En este sentido se manifiesta por la STS. 13.10.98, que se ha dicho reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, hasta el punto de convertir en dogma que la apelación al derecho penal como instrumento para resolver los conflictos, es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos. Principio de intervención mínima que forma parte del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso, cuya exigencia descansa en el doble carácter que ofrece el derecho penal:

a) Al ser un derecho fragmentario en cuanto no se protege todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos que son más importantes para la convivencia social, limitándose, además, esta tutela a aquellas conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes.

b) Al ser un derecho subsidiario que como ultima ratio, la de operar únicamente cuando el orden jurídico no puede ser preservado y restaurado eficazmente mediante otras soluciones menos drásticas que la sanción penal.

Ahora bien, reducir la intervención del derecho penal, como ultima "ratio", al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal.

Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le integra en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos."

Pero es que, además, no se trata de que el perjudicado hubiera podido acudir a una reclamación civil para la devolución de los 20.000 euros, sino que los hechos declarados probados, tal cual fueron desarrollados, constituyen un ilícito penal que determina la viabilidad del ejercicio de la acción penal con la responsabilidad civil es delito derivada del mismo y la reclamación por la acción civil dentro del procedimiento penal como se ha hecho en este caso.

Con respecto al delito de apropiación indebida ya exponemos en la Sentencia del Tribunal Supremo 375/2020 de 8 Jul. 2020, Rec. 4186/2018 que:

"Con respecto a los requisitos de la apropiación indebida recordar que esta Sala del Tribunal Supremo señaló en Sentencia 103/2020 de 10 Mar. 2020, Rec. 2415/2018 que:

"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 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.

... Existe, además, el ánimo de apropiación definitiva, ya que retiene la suma declarada probada y es condenado al pago de la responsabilidad civil."

Respecto de los elementos del delito de apropiación indebida que concurren en este caso debemos considerar que el perjuicio es uno de ellos, pero veamos la relación de los concurrentes que se dan en el presente caso.

1.- *La quiebra de la lealtad.*

En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el autor no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

2.- *La quiebra del destino al bien.*

En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el autor no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

3.- *El ataque patrimonial.*

En la apropiación indebida el desplazamiento tiene su origen en el abuso a la confianza ya depositada en el sujeto activo, lo que conlleva que éste recibe el dinero o cosa apropiada de forma legítima, trasmutando dicha posesión legítima en disposición ilegítima, abusando de aquella confianza.

4.- *La forma de recibir el dinero o bien. Con engaño o sin él. Los actos posteriores a la recepción.*

En la apropiación indebida se cierra la mano para incorporar al patrimonio propio lo que se encontraba allí correcta pero transitoriamente, pero para hacerlo suyo. Hay intención de apoderamiento definitivo.

5.- *El dolo.*

En la apropiación indebida el dolo es de retener una vez ejecutado el acto que le permite el título de recepción del importe. El dolo conlleva incumplir la obligación de devolución del importe o bien sin engaño antecedente.

6.- *La acción desplegada.*

En la apropiación indebida el engaño no integra la acción ilícita, sino el acto de apropiarse cuando hay obligación de devolver, pudiendo existir el abuso de confianza.

7.- *La deslealtad.*

El engaño de la estafa o el apropiarse para sí o tercero de la apropiación indebida son especies de deslealtad, infidelidad o fraude, pero no por ello pueden ser sinónimos entre sí. El momento temporal de su ejecución diferencia uno y otro delito.

8.- *El perjuicio.*

El perjuicio de otro es evidente en el delito de apropiación indebida cuando existe esa obligación de devolver el dinero, o el bien, a la persona que entregó en cualquiera de los títulos exigidos en el tipo penal y el obligado a la devolución no lo hace, con lo cual el perjuicio tiene un reflejo y se transmuta de forma económica por la no devolución del bien o importe al titular del mismo que tenía facultad de recepción por la obligación de



devolución del obligado a llevarlo a cabo, y que con su incumplimiento provoca el perjuicio en tercero y el beneficio propio.

Resulta evidente la concurrencia de todos ellos en el presente caso. Hay apropiación, y ello es un hecho evidente con respecto a las cantidades fijadas en los hechos probados y hay perjuicio porque no se ha devuelto las sumas al perjudicado, pese a los alegatos del recurrente que pretenden distraer la realidad de lo acontecido con otros operativos que no estaban incluidos en el mandato del perjudicado, y que son introducidos por el recurrente para tratar de justificar su apropiación.

Constan, así, en los hechos probados dos mandatos concretos de encargo de gestión y administración dineraria incumplidos de forma palmaria, probada y evidente, cuales son que: *"...Con ánimo de hacerlas suyas definitivamente, además de con la ya referida suma de 20.000 euros que le entregó el Sr. Nazario para consumir la venta de la vivienda en que estaba interesado, con la de 6.500 euros que le entregó el Sr. Roman para que se la entregara a aquél en concepto de indemnización de perjuicios."*

Ninguna de las sumas consta que fuera entregada al perjudicado habiéndoselas apropiado el recurrente.

No había en modo alguno un derecho de retención de las cantidades entregadas por parte del perjudicado y del señor Roman. Ambas sumas debían haber sido entregadas al perjudicado sin la existencia probada de ningún derecho de retención a su favor, ya que los mandatos para cuya gestión se encarga al recurrente eran concretos, exactos y perfectamente delimitados, y lejos de cumplirlos el recurrente se queda con ambas cantidades y se las apropia, en virtud de lo cual comete el tipo penal de apropiación indebida por la concurrencia de los elementos del tipo penal vigente al momento de los hechos.

Destaca también la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 316/2020 de 15 Jun. 2020, Rec. 3926/2018 que:

"La doctrina jurisprudencial exige para apreciar el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", que distingue el mero uso indebido, una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio (STS 228/2012, de 28 de marzo). Como señala la STS 374/2008, de 24 de junio para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero "hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales". En el mismo sentido, la STS 513/2007 de 19 de junio, o la STS 938/98, de 8 de julio."

También, la sentencia del Tribunal Supremo 237/2019 de 9 May. 2019, Rec. 644/2018 se trató de un caso de apropiación indebida cometida por el abogado que, aprovechando una confianza previa, consigue que los perjudicados le entreguen un dinero con la finalidad de gestionarlo para obtener rendimientos con los que superar una mala situación económica y recomprar bienes perdidos, y en lugar de cumplir con lo pactado lo destina a su lucro personal:

"Cuando, como en este caso, la recepción del dinero responde a la gestión profesional de un determinado patrimonio, nuestra jurisprudencia venía sosteniendo que la distracción se explicaba como una disposición del dinero más allá de lo que autoriza el título de recepción y con vocación definitiva. Se mostraba así la "distracción" como una especie de gestión desleal, pero que hacía referencia al exceso respecto de lo que permite el título de recepción (STS 162/2013, 21 de febrero o 338/2014, de 15 de abril) y a su vocación de que la apropiación fuera permanente (SSTS 622/13, de 9 de julio o 691/14, de 23 de octubre), sin que debiera confundirse con la administración desleal del artículo 295 del Código Penal vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, hoy artículo 252 del Código Penal, que entrañaba un abuso por los administradores (no una transgresión) de las funciones propias de su cargo. Decíamos en nuestra sentencia 279/09, de 11 de abril, que la administración desleal "puede revestir muy diferentes modalidades, como puede ser que terceros -o, normalmente, competidores- proporcionen al agente dinero o cualquier otro tipo de utilidad a cambio de faltar a los deberes propios de su cargo; o que se busque de ese modo una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra; o, incluso, pudieran comprenderse dentro de este concepto los usos temporales ilícitos de bienes que con posterioridad son restituidos y que, por tanto, aún proporcionando beneficios a quien los disfruta, no representan una definitiva apropiación."

En consecuencia, no estamos ante una estafa como apunta el recurrente, sino ante la gestión profesional de un determinado patrimonio, disposición del acusado del dinero que le fue entregado, más allá de lo que autoriza el título de recepción y con vocación definitiva de hacerlo suyo, lo que sin duda implica el delito de apropiación indebida por el que viene condenado."

Y en este caso concreto también se ha producido el advenimiento del punto sin retorno, ya que no se trata de un mero uso indebido de la cantidad entregada, sino de una apropiación definitiva, ya que en modo alguno se ha

devuelto el importe, y queda constatada la retención de la cantidad sin justificación alguna, ni derecho por parte del recurrente a la apropiación de la misma, ya que quedó claro que el destino del importe entregado lo fue para la compra de una vivienda y una vez se frustró la misma por el mal hacer del recurrente se debió devolver el importe sin que ello fuera así, ya que lo que hizo el recurrente es gestionar la presentación de una reclamación al señor Roman , pero llegó a un acuerdo extrajudicial con el mismo que dio lugar a la desestimación de la demanda, recibiendo un importe indemnizatorio del mismo señor Roman por la venta del inmueble, sin que hubiera devuelto su importe al perjudicado, ni la cantidad que éste, a su vez, le entregó para la gestión de la compra de la vivienda, ya que se quedó ambas cantidades, llegando en consecuencia a la existencia del punto sin retorno.

Y la existencia de este punto sin retorno queda acreditado en la propia sentencia del TSJ, al hacer constar que la sentencia civil que se dicta cuando se ejercita la acción judicial de reclamación judicial del perjudicado al señor Roman , procedimiento en el que hubo una transacción extrajudicial entre el recurrente y el antes citado, es del mes de noviembre del 2015, haciendo constar el Tribunal Superior de justicia que no existe constancia de que ninguna de las cantidades que antes hemos referido haya sido entregada por el recurrente al denunciante, que nunca fue informado de los anexos al contrato de compraventa, ni estampó su firma en ellos, pero siendo la fecha de la sentencia del TSJ de 18 de octubre del 2020 resulta evidente el tiempo transcurrido tan elevado que determina la retención y apropiación de ambos importes y la no devolución de cantidades que tenía derecho a cobrar el perjudicado, y que, sin embargo, no lo ha podido hacer y han sido retenidas indebidamente por el recurrente cuando ha tenido tiempo para efectuar la devolución.

El motivo se desestima.

SÉPTIMO.- 6.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECr., al haberse aplicado indebidamente el art. 467.2 del Código Penal.

Del mismo modo que en el motivo anterior se vuelve a plantear un motivo basado en infracción de ley del artículo 849.1 de la ley procesal penal que exige el respeto de los hechos probados tal cual se ha reflejado anteriormente.

Hay que señalar, por ello, que los hechos probados hacen mención a que la intervención del recurrente en las operaciones lo fue en su condición de letrado. Y, así, consta que:

"... *Abogado en ejercicio* en esta ciudad de Salamanca, y que también en las fechas que se dirán ostentaba, entre otros, el cargo de administrador único de la mercantil Laffine Tap, S. A, *por razón de su profesión de Abogado*, trabó contacto, en el mes de diciembre del año 2012, con Nazario , que había sido cliente suyo y quien estaba interesado en la compra de una vivienda en esta ciudad, *asumiendo el acusado, en dicha condición de Abogado y como intermediario, el encargo de buscar y adquirir una vivienda para aquel...*

...El acusado, - *traicionando la confianza en él depositada por el Sr. Nazario , a sus espaldas y sin su consentimiento* , arrogándose una representación y facultades que para ello no tenía...

... Y, como había pasado el tiempo pactado de cuatro meses y el Sr. Nazario comprobaba que la compra que había efectuado en el documento privado de diciembre de 2012 no se materializaba en la prevista escritura notarial, conociendo que esa misma vivienda el propietario Roman se la había vendido a un tercero en escritura pública, *y creyendo en las palabras, asesoramiento, defensa y asistencia jurídica del acusado*, interpuso, en fecha 8-6-2014, demanda de reclamación de cantidad frente al señalado Roman , por la suma de 40.524,03 euros, - de los cuales 20.000 corresponderían a la cantidad abonada como parte del precio de la venta, otros 20.000 como arras penitenciales, y el resto de 524,03 euros a gastos de solicitud de hipoteca-; la cual dio origen a la tramitación ante el Juzgado de Primera Instancia n o 3 de Salamanca del procedimiento seguido con el nº 450/2014.

La demanda vino desestimada por sentencia de fecha 11-11-2015, por razón de una satisfacción extraprocesal derivada de un acuerdo extraprocesal adoptado entre el acusado, como Abogado del Sr. Nazario , y el demandado Roman , aunque como consecuencia de ello, se originaron unas costas procesales, por importe de 6.311,88 euros, que han sido abonadas y satisfechas por el demandante de aquel pleito, o sea, el Sr. Nazario

... Tampoco el acusado en estos años ha girado al Sr. Nazario minuta de clase alguna por sus servicios para justificar, en laguna medida, la retención de cantidades que se dice...."

Se recoge por el TSJ en el FD nº 5º para desestimar este mismo motivo articulado en sede de apelación que:

"Se dice en el recurso que "los documentos suscritos lo fueron entre interesados en comprar y vender un inmueble, siendo esta circunstancia claramente extra procesal", versión que no se compadece con los hechos declarados probados en los que claramente, se atribuye al recurrente, en su condición de abogado la autoría del contrato de compraventa del piso y de los anexos a dicho contrato que fueron suscritos a espaldas del

denunciante, así como la iniciativa de la demanda interpuesta contra el propietario del mismo bajo su dirección ante el Juzgado de 1ª Instancia no 3 de Salamanca y la confección del acuerdo extrajudicial entre ambos, que originó la desestimación de la misma.

En definitiva, en la sentencia impugnada se describe un perjuicio manifiesto y evidente de los intereses del cliente perjudicado, el cual se deriva directamente de la actuación del recurrente, y que existe prueba suficiente para considerarlo acreditado, colmándose así los elementos del delito tipificado en el artículo 467, 2 del Código Penal".

Por el Tribunal de instancia se recoge que:

"Lo probado, en síntesis y de partida, es que el ahora acusado, en su calidad y condición de Abogado, recibió en su día el encargo profesional del denunciante, Nazario, -a quien, el propio acusado, ha adjetivado en el plenario de cliente, y de haber mantenido con él una estrecha relación personal y profesional, cosa que aquel de alguna manera confirma, al decir que mantenían antes de los hechos una relación cordial, por lo que confiaba en él-, consistente en que mediara en la compra de una vivienda que quería adquirir en esta ciudad, (compra real, por mucho que el acusado la pretenda encubrir en operaciones distintas, sobre las que volveremos más adelante, o diga que se limitó a "ayudarle" en la búsqueda de un piso).

Y ese encargo lo aceptó, desde el momento en que viene confesado, por el propio imputado en el plenario, -aun no quiera calificarse como intermediario de la operación de venta del piso de CALLE000, - que tuvo con comprador y vendedor (Nazario y Roman) una actuación que denomina de conciliación o de acercamiento, en cuando Abogado de ambos, que no se conocían previamente, ni, por cierto, se conocieron, contactaron o trataron con motivo del contrato de venta. Abogado de ambos, pues, que, según sus manifestaciones, no le ha supuesto, a su entender, conflicto de intereses alguno.

Por tanto, la premisa de su actuación profesional como abogado del denunciante Nazario es indiscutible, ateniéndonos a sus propias palabras. Él es, además, quien redactó el contrato que obra al folio 11 y 12 de los autos."

Es evidente que concurren los elementos del tipo penal del art. 467.2 CP.

1.- La actuación que despliega en el encargo que le otorga el perjudicado lo es en su condición de abogado. Así consta en los hechos probados. No lo es *concurriendo la circunstancia de serlo*, sino en base a esa condición y no otra. Actúa en el encargo " *por razón de su profesión de abogado y en razón de la misma*" y por este concepto.

2.- El encargo de gestión en la compra del inmueble lo lleva a cabo, consta en los hechos probados, "asumiéndolo en su condición de abogado y como intermediario".

3.- El encargo que recibe del Sr. Nazario era claro y diáfano: recibir el importe de 20.000 euros para dárselos al vendedor como señal por la compra del inmueble mientras realizaba gestiones para la hipoteca.

4.- No obstante la claridad del encargo, el recurrente traiciona a su cliente, al intervenir en su condición de abogado, y a sus espaldas y sin su autorización realiza unos anexos al contrato por virtud del cual constaba que se entregaban 20.000 euros pero como arras penitenciales, añadiendo la compra no autorizada por el Sr. Nazario de participaciones de la mercantil Metropol pactándose que la vendedora entregaba 20.000 euros en poder del comprador en garantía de saneamiento de obligaciones, cargas y deudas.

Ello determina una formalización no autorizada del perjudicado Sr. Nazario, pero, también, una forma de quedarse con los 20.000 euros. Ello determinaba, según los hechos probados, que el recurrente justificaba documentalmente que los 20.000 euros que le entregaba el perjudicado quedaban en poder del recurrente, al decir que actuaba como "su representante" cuando no lo era.

Pero al transcurrir el tiempo desde el contrato el titular del inmueble lo vende a tercero al no elevarse a escritura pública e incumplirse el pacto.

Sin embargo, dado que de esto nada sabía el Sr. Nazario por conducto del propio recurrente y consejo demanda al Sr. Roman por la venta e incumplimiento del pacto por el importe que el perjudicado creyó que el recurrente había pagado al Sr. Roman y por las arras penitenciales mas gastos de solicitud de hipoteca que tuvo que tramitar ineficazmente.

Pero el propio recurrente para tratar de parar su propia acción llega a un pacto extrajudicial con el Sr. Roman, actuando, eso sí, como abogado del Sr. Nazario, que determina la desestimación de la demanda con costas. Más tarde pacta con el Sr. Roman una indemnización de 6.500 euros para pago al Sr. Nazario de daños y perjuicios por la venta frustrada, cuando ello había sido por su dolosa gestión, siéndole entregada dicha suma con destino al perjudicado, pero apropiándola el propio recurrente, por lo que con la apropiación de los 20.000 euros ya entregados para la gestión del inmueble ha integrado la condena por apropiación indebida continuada.



Con ello, tenemos que:

- 1.- El recurrente engaña a su cliente y le traiciona su confianza, como asume una representación del cliente que no tenía, firma en su nombre una serie de anexos a un contrato ya celebrado en virtud del cual adquiere nuevas obligaciones.
- 2.- Vacía de contenido el objeto por el cual el recurrente recibió de su cliente 20.000 euros, que era la adquisición de un piso concreto y determinado.
- 3.- Cuando el piso objeto y causa de la entrega de la señal es enajenado por el propietario, engaña otra vez a su cliente y provoca una demanda por reclamación de cantidad al vendedor, sobre la base de las cláusulas contractuales que había firmado sin conocimiento de su cliente.

Todo ello integra el tipo penal del art. 467.2 CP y al margen de la conducta de la apropiación de cantidades por la que ha sido condenado por continuidad delictiva en las dos cifras ya expuestas, pero su gestión al margen de ello integra la deslealtad profesional en el ejercicio de su actuación, ya que en todo el operativo interviene como abogado del perjudicado, y en esa condición actúa.

La característica del tipo penal de la deslealtad profesional está realizada y configurada en su consideración de la existencia del encargo profesional por razón de la condición y cualidad de abogado, tal cual ha ocurrido en el presente caso, y consta así en los hechos probados. Y ello, al configurarse el motivo por la vía de la infracción de ley que exige el respeto a los hechos probados.

La condición de abogado emerge con claridad del relato de hechos probados y es la causa eficiente que motiva la permisividad y confianza del cliente en su propio abogado en la gestión que lleva a cabo en dos ocasiones.

La primera en la gestión de venta encargando la operación a un abogado por su condición de tal para que, amparado en su confianza por su profesión y por esta misma, pueda llevar a cabo la gestión de la compraventa inmobiliaria que perseguía.

Pero es una segunda ocasión cuando también interviene, y es que ante la frustración de la compraventa por razones que desconocía el propio perjudicado, encarga de nuevo al letrado que resuelva la cuestión, actuando en este caso el recurrente mediante la interposición de una acción civil que da lugar a la incoación de un procedimiento, pero, fuera de ese encargo, actúa mediante un acuerdo extrajudicial con el señor Roman que acaba con una desestimación de la demanda que había interpuesto el propio cliente engañado, dando lugar, incluso, a que en el pacto que alcanza reciba más tarde una cantidad como compensación a los daños y perjuicios sufridos por el perjudicado de 6500 euros que, en lugar de ser entregada al perjudicado, se la apropia el propio recurrente, por lo que ya es condenado por apropiación indebida.

En cualquier caso, fuera de considerar la apropiación de dinero como integrante de las razones para condenar por la deslealtad profesional, ya que fue condenado por estas por apropiación indebida, y para no incurrir en non bis in idem, existen elementos suficientes y razones de peso para entender infringido el deber profesional que le competía, como se ha expuesto, al alterar el encargo llevado a cabo específico y frustrar por su culpa la operación de compraventa, así como llevar al perjudicado a una acción civil por su dolosa gestión que termina con desestimación, y sin lograr fin alguno en beneficio de su cliente, habida cuenta que no era posible por razón de los documentos que había creado artificialmente para tratar de "justificar" la apropiación de los 20.000 euros que retuvo y perjudicando los intereses de su cliente.

Respecto de este tipo penal hay que recordar en este caso el Acuerdo del Tribunal Supremo de 16 Dic. 2008, por el que se recoge que "El letrado que distrajere dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del art. 252 CP comete delito de apropiación indebida. La aplicación de la agravación prevista en el art. 250.7 CP se ajustará a las reglas generales. Además, cometerá un delito del art. 467.2 CP en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara a los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como letrado."

Sin embargo, en el presente caso, la aplicación del concurso ideal conllevaría ex art. 77 CP una pena más grave, dado el delito que lo es de apropiación indebida de pena privativa de libertad, que la punición por separado, por lo que debe mantenerse la penalidad impuesta en razón a que el tipo penal del art. 467.2 CP lleva pena de multa.

Esta Sala ha tratado ya en diversas ocasiones este tipo penal. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo 507/2016 de 9 Jun. 2016, Rec. 1056/2015 se trató de un letrado que, con ánimo de ilícito enriquecimiento y la intención de perjudicar los intereses de sus clientes, iniciaba los encargos de éstos, tras percibir la provisión de fondos, abandonando después los asuntos o dejando transcurrir plazos y con imposibilidad para los clientes de cambiar de letrado al retener éste la documentación original que le era entregada, siendo condenado por deslealtad profesional.



Al respecto de este tipo penal señalamos en la sentencia del Tribunal Supremo 1039/2013 de 23 Dic. 2013, Rec. 217/2013 que:

"La razón de la incorporación de tal precepto en el Código Penal consiste en que se produzca, además de una actuación espuria o incorrecta del letrado, un perjuicio de entidad y relevancia, algo que perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados por su cliente. Solamente este plus de antijuridicidad puede integrar el tipo penal interpretado".

Del relato descriptivo del factum se evidencia la actuación espuria del recurrente como profesional y el claro perjuicio sufrido por el perjudicado tras el encargo realizado al recurrente por su condición de abogado y la absoluta alteración del encargo que conllevó se frustrara la compra que era el objeto del perjudicado, para más tarde llevarle a ejercer una acción judicial que él mismo determina sea desestimada por su pacto extrajudicial con el demandado.

En la sentencia del Tribunal Supremo 237/2019 de 9 May. 2019, Rec. 644/2018 se reseña que:

"Como decíamos en nuestra sentencia 137/2016, de 24 de febrero, el tipo penal del art. 467.2 requiere, como elementos integradores:

- a) que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial;
- b) desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos casos derivará en un resultado;
- c) como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados; y
- d) desde el plano de culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento culposo, en el que concorra "imprudencia grave".

Es evidente que la razón de la incorporación del precepto en la ley penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarían bien una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional. (STS 4-3-2013, entre otras)."

En la misma línea la Sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 649/2020 de 1 Dic. 2020, Rec. 4102/2018 que confirma la condena por apropiación indebida y deslealtad profesional en concurso real a un abogado que incorpora a su patrimonio provisiones de fondos solicitadas a clientes y recibidas para el pago de procurador y periciales médicas que nunca llegaron a realizarse. Y respecto de la deslealtad profesional objeto de condena por perjuicio de los intereses encomendados y defraudación de las expectativas del cliente que se vieron desmoronadas cuando se percató al final del procedimiento de que el abogado acusado le había estado mintiendo sobre las posibilidades de éxito. La conducta del acusado, al no encargar y presentar los informes médicos en procedimiento contencioso, determinó que se perdiera la oportunidad de obtener una resolución de fondo sobre el asunto de responsabilidad patrimonial de la Administración por negligencia médica.

También en la sentencia del Tribunal Supremo 207/2022 de 9 Mar. 2022, Rec. 4222/2020 se analizó el tratamiento conjunto de la apropiación indebida y la deslealtad profesional, haciendo mención al Acuerdo de esta Sala antes citado, pero en este caso concreto se absolvió por el delito de deslealtad profesional al no existir ese plus que exige este delito al margen y además del de apropiación indebida. Se recoge, así, que "en el delito de apropiación indebida queda abarcada la totalidad de la significación antijurídica de su proceder. El acusado realizó las gestiones que se le encomendaron con éxito; no hubo, por tanto, para su cliente más perjuicio que ese apoderamiento ilegítimo de unas cantidades, de ahí la subsunción de este comportamiento en el delito de apropiación indebida, por lo que, de añadir también una condena más por el de deslealtad profesional, se incurriría, además, en un intolerable bis in idem."

Pero en el presente caso no concurre esa "integración de la antijuridicidad" de la deslealtad profesional en la apropiación indebida. Hay un plus de la misma.

En el presente caso de los hechos probados no solo se desprende una apropiación indebida del dinero entregado para un fin concreto y que no sea devuelto, sino una serie de operaciones artificiosas llevadas a cabo que frustran una operación de compraventa de inmueble, más acciones judiciales que son desestimadas por la insistencia del recurrente de mantener la ficción que había creado, con lo que siguió perjudicando a su cliente una vez más. El perjuicio existe con claridad y la notoriedad de la deslealtad es palmaria. Y ello, al margen y además de la apropiación indebida quedando frustrada la compraventa del inmueble y dando lugar a acciones judiciales con clara deslealtad profesional actuando a espaldas de su cliente en acuerdo extrajudicial



con el propio demandado y siendo desestimada la demanda. Existe el plus de antijuridicidad de la conducta llevada a cabo por el recurrente.

En la sentencia del Tribunal Supremo 680/2012 de 17 Sep. 2012, Rec. 2396/2011 se añade que:

"Ese tipo, conocido como deslealtad profesional, es un delito especial, en cuanto requiere una determinada cualidad profesional del sujeto activo. Ahora bien, eso no se traduce ineludiblemente en que todas las conductas llevadas a cabo por un letrado entren en el ámbito del precepto. Es necesario que la causación de perjuicios se haya producido como consecuencia precisamente de su actuación como "abogado" y no en tareas ajenas a esa profesión o simplemente concomitantes. A esa deducción se llega desde la consideración del bien jurídico protegido, el devenir histórico del precepto y su encuadramiento sistemático. Es indispensable no solo que el sujeto activo sea abogado, sino además que el comportamiento punible se haya producido en el marco de la relación profesional entre cliente y abogado; no cualquier relación profesional, sino aquella propia de la abogacía. Cuando un abogado realiza actividades que no son características de tal profesión se sitúa fuera del marco del art. 467."

También en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 307/2013 de 4 Mar. 2013, Rec. 901/2012 se añade que:

"Será necesario, en consecuencia, para que la conducta de un abogado o procurador sea hoy subsumible en el tipo de causación de perjuicio al cliente, que el agente, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados. Este es, pues, el elemento objetivo del delito: causación, por acción u omisión, de un perjuicio manifiesto a los intereses que han sido encomendados al profesional."

Resulta evidente, notorio y probado el perjuicio grave derivado al Sr. Nazario por el recurrente en una dolosa actuación tendente a un diseño para apropiarse del dinero entregado por su cliente para realizar una compra de vivienda, y, más tarde, convencerle para el ejercicio de acciones judiciales que son desestimadas a sabiendas de que llevó a cabo conductas para seguir perjudicándole al verse en una situación complicada ante el devenir de los acontecimientos, de los que pretendía salir con más conductas de deslealtad profesional como la que lleva a cabo con el procedimiento civil.

La actuación profesional recabada por el perjudicado al recurrente lo fue por su condición de abogado, y así consta en los hechos probados: *"por razón de su profesión de Abogado, trabó contacto, en el mes de diciembre del año 2012, con Nazario, que había sido cliente suyo y quien estaba interesado en la compra de una vivienda en esta ciudad, asumiendo el acusado, en dicha condición de Abogado y como intermediario, el encargo de buscar y adquirir una vivienda para aquel."*

Y, además, motivó con su actuación la acción civil que no llegó a ningún sentido, y que la llevó a cabo para tratar de dar cobertura a su operativo. Y, así, consta que:

"...Como había pasado el tiempo pactado de cuatro meses y el Sr. Nazario comprobaba que la compra que había efectuado en el documento privado de diciembre de 2012 no se materializaba en la prevista escritura notarial, conociendo que esa misma vivienda el propietario Roman se la había vendido a un tercero en escritura pública, y creyendo en las palabras, asesoramiento, defensa y asistencia jurídica del acusado, interpuso, en fecha 8-6-2014, demanda de reclamación de cantidad frente al señalado Roman, por la suma de 40.524,03 euros, -de los cuales 20.000 corresponderían a la cantidad abonada como parte del precio de la venta, otros 20.000 como arras penitenciales, y el resto de 524,03 euros a gastos de solicitud de hipoteca-; la cual dio origen a la tramitación ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Salamanca del procedimiento seguido con el nº 450/2014.

La demanda vino desestimada por sentencia de fecha 11-11-2015, por razón de una satisfacción extraprocesal derivada de un acuerdo extraprocesal adoptado entre el acusado, como Abogado del Sr. Nazario, y el demandado Roman, aunque como consecuencia de ello, se originaron unas costas procesales, por importe de 6.311,88 euros, que han sido abonadas y satisfechas por el demandante de aquel pleito, o sea, el Sr. Nazario."

Todo ello determina la deslealtad profesional en el ejercicio de su condición frente al perjudicado determinante de la condena por el tipo penal del art. 467.2 CP.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente incluidas las de la acusación particular (art. 901 LECrim)

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal del acusado **Manuel** contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 8 de octubre de 2020, que desestimó el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección Primera, de fecha 6 de noviembre de 2019, que le condenó por delitos de apropiación indebida y deslealtad profesional. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Vicente Magro Servet

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ