

**AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCIÓN SEGUNDA  
PALMA DE MALLORCA**

**APELACIÓN PENAL  
ROLLO NÚM. 8/2012  
AUTOS NUM. 478/2010  
Juzgado de lo Penal 2 Palma**

**SENTENCIA NÚM. 256/12**

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente:**

**D. EDUARDO CALDERON SUSIN**

**Magistrados:**

**D. DIEGO GOMEZ-REINO DELGADO**

**DÑA. MÓNICA DE LA SERNA DE PEDRO**

En la Ciudad de Palma de Mallorca, a dieciséis de octubre del año dos mil doce.

**VISTO** ante esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en trámite de apelación el proceso penal Rollo de Sala núm. 8/2012, dimanante de los autos núm. 478/2010 del Juzgado de lo Penal núm. dos de los de Palma de Mallorca, seguidos por delito de apropiación indebida, al haberse interpuesto recurso por el Procurador D. Mateo Cabrer Acosta, actuando en nombre y representación de D. Francisco José Ramis Ripoll; con la adhesión al mismo del Ministerio Fiscal; y con la oposición, en calidad de parte apelada que ha solicitado la confirmación de la sentencia recurrida, de la Procuradora Dña. Juana Rosa González Montiel, obrando en nombre y representación de D. Robin Christopher Colclough.

Ha sido ponente para este trámite el Magistrado Eduardo Calderón Susín, quien expresa el parecer de este Tribunal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de junio de 2011, por el Juzgado de lo Penal número dos de los de Palma de Mallorca, se dictó sentencia cuyo fallo literalmente dice:

*Que debo absolver y absuelvo a Robin Colclough, del delito de apropiación indebida del que venía siendo acusado con declaración de las costas de oficio y reserva de las acciones civiles que corresponden al denunciante.*

**SEGUNDO.-** Contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte que se menciona en el encabezamiento de la presente, que fue tramitado tal y como prescribe el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## HECHOS PROBADOS

Sometido el conocimiento pleno de lo actuado a la Audiencia Provincial, procede declarar como hechos probados los de la sentencia recurrida, que son los siguientes:

*...que el acusado Robin Colclough, mayor de edad, sin antecedentes penales, en libertad de la que no ha estado privado por razón de esta causa, en el año 2007, contrató los servicios del Letrado D. Francisco Ramis Ripoll al que encargó diversos asuntos, entre otros la dirección técnica en una demanda penal instada en su contra por la Sra. Elise Sainz Muttinen por supuestas coacciones, así como para asesorarle en sus relaciones con la entidad Netvolution Comae, S.L. y preparación de dos demandas contra la entidad mentada.*

*Cumpliendo con el encargo recibido el Sr. Ramis ejerció la dirección técnica en diversos litigios frente a Netvolution Comae, S.L. entre ellos la defensa del Sr. Colclough en el procedimiento de medidas cautelares coetáneas instado por Netvolution Comae, S.L. contra el acusado que fueron desestimadas con imposición de las costas a la solicitante fijándose las costas del letrado en 27.958, desglosados en 18.638,88 euros por la primera instancia y en 9.881,33 etiros por la apelación, tasaciones que fueron impugnadas por la entidad Netvolution por excesivas.*

*A finales de 2009, pendientes los pleitos de reclamación de cantidad, de resolución contractual y de impugnación de tasación de costas, se iniciaron conversaciones por parte de la entidad Netvolution con el fin de llegar a una solución amistosa, que finalizó mediante el acuerdo suscrito el 11 de enero de 2010, en sede notarial y recogido el 14 de enero mediante transacción judicial realizada ante el Juzgado de*

Primera Instancia N° 11 de Palma, debidamente homologada judicialmente.

Durante las negociaciones el acusado planteó la necesidad de que los honorarios devengados fueran satisfechos directamente por Netvolución Comae, S.L., a las que mediante e-mail de 11 de enero de 2011, el letrado Sr. Ramis le manifestó al Sr. Colclough que a él le correspondía pagarle y luego reclamarles al contrario, si bien como él le decía que no tenía dinero para pagar había presentado las minutas directamente al Juzgado, aclarando que si aceptaba el acuerdo era él (Sr. Colclough) el que debía pagar al ser su cliente y, por ello le había hecho la oferta de reducir sus honorarios en el sentido de cobrar al mismo tiempo que el (Sr Colclough) cobrara su parte.

En el acuerdo que finalmente se firmó se hizo constar entre otros extremos que Netvolution Comae, S.L., había abonado la cantidad de 30.000 euros al Sr. Colclough y que adicionalmente se abonaría por el Sr. Miguel de Arriba en persona y con responsabilidad personal la cantidad de 17.000 euros al Sr. Colclough por sus gastos legales para que él mismo abonara la cantidad facturada por su letrado..., suscribiéndose el día 22 de febrero de 2010 un documento en el que se hacía constar, que dando íntegro cumplimiento en tiempo y forma a lo convenido en la cláusula octava del documento de 11 de enero de 2010, el Sr. de Arriba entregaba en ese acto la cantidad de 17 000 euros mediante cheque a Robin Colclough por sus gastos legales a fin de que éste último a su vez pueda liquidar los honorarios de su abogado y procurador declarando Robin Colclough que otorgaba la más cabal y eficaz carta de pago a favor del Sr. Arriba y que con el pago de dicha cantidad se daba por satisfecho y finiquitado.

El día 11 de enero de 2010 tras recibir la partida de 30.000 euros el acusado abonó al Sr. Ramis la suma de 6.000 euros.

El día 19 de febrero de 2010 el Colegio de Abogados emitió dictamen rebajando una minuta presentada por el Sr. Ramis en el asunto Netvolution Comae, S.L. desde los 16.086 euros a 2.000 euros.

El día 24 de febrero de 2010, el Sr. Colclough tras recibir el talón de 17.000 euros como carta de pago, solicitó mediante e mail al Sr. Ramis las facturas correspondientes a su trabajo incluyendo los pagos efectuados en su momento.

El 9 de Marzo de 2010 el Sr. Ramis remitió mediante burofax al Sr. Colclough facturas por importe de 57.943,16 euros.

El día 16 de Marzo de 2010, el Sr. Colclough hizo llegar su consternación al Sr. Ramis anunciándole que acudiría al colegio de abogados o al juzgado, para determinar el importe real de los honorarios del Sr. Ramis.

*En estos momentos no existe pronunciamiento respecto al importe total de los honorarios.*

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Pide el recurrente, con la adhesión del Ministerio Fiscal, que este Tribunal "condene al acusado Robin Colclough en los términos contenidos en nuestro escrito de conclusiones definitivas, como autor responsable de un delito de apropiación indebida del art. 252, en relación con el art. 249, ambos del Código Penal, a la pena de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, que indemnice a D. Francisco José Ramis Ripoll en la cantidad de 17.000 euros, más los intereses legales del art. 576 L.E.C., así como al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular".

Considera y alega que concurren todos los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente en relación con el delito de apropiación indebida de acuerdo con los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida.

En el desarrollo de esa alegación y como argumentación de mayor relevancia se indica lo erróneo de la conclusión de la sentencia impugnada de que, como el acusado recibió el dinero en propiedad, su actuación no es subsumible dentro del tipo legal de la apropiación indebida; se añade que el punto 1.8 del Acuerdo transaccional resulta claro y manifiesto en el sentido de que contempla la obligación que asumía el Sr. Colclough sobre que el destino que debía dar al importe de 17.000 euros era el abonar la cantidad facturada por su letrado, letrado que no es otro que el Sr. Ramis, y que la cantidad facturada, por ser la única existente entonces, era la correspondiente al procedimiento de medidas cautelares coetáneas instado por Netvolution Comae, S.L. contra el Sr. Colclough y desestimado con costas, cantidad que fue minutada por el letrado en el importe de 16.068 euros más I.V.A. en primera instancia y 8.034 euros más I.V.A. en apelación, e incluidas las minutas en las correspondientes tasaciones de costas, como resulta de los documentos obrantes a los folios 12 a 14, tasación que fue impugnada pero que, antes de que fuera resuelta la impugnación, fue transaccionada; y en definitiva que, no es que se niegue el acusado a pagar hasta saber el importe real de los honorarios (como se indica en la sentencia), sino que el dinero lo recibió el Sr. Arribas con la finalidad de entregarlo al Sr. Ramis y en absoluto con ninguna autorización para especular con el (dinero) y quedarse con la posible diferencia si un juzgado rebajara después la cantidad facturada por el letrado, como llegó a afirmar el mismo letrado del acusado evacuando el informe final, porque la cuestión quedó transigida con autoridad de cosa juzgada.

Combate también la afirmación contenida en la sentencia impugnada en el sentido de que el acusado se siente defraudado por la actuación llevada a cabo por el denunciante pues después de comprometerse a cobrarle unos honorarios, posteriormente pretende cobrarle una cantidad mucho mayor; y ello por considerar tal afirmación errónea ya que no es el acusado el que pueda sentirse absolutamente defraudado, sino el letrado Sr. Ramis, que recibió una oferta de abono directo de 17.000 euros pero que ha resultado absolutamente engañosa y que tal cantidad se la ha quedado el acusado -incluso pese a que le fue entregada con un específico encargo- sin haber abonado a su letrado ni un céntimo de euro por los pleitos en los que le defendió a partir del acuerdo de 2 de septiembre de 2008.

Y concluye que por todo ello es gravemente errónea y contraria a la realidad de los hechos la consideración final de la sentencia impugnada en el sentido de que "no ha habido una conducta dolosa por parte del acusado ya que parte del dinero cobrado lo utilizó en pagar deudas pendientes con el denunciante".

**SEGUNDO.-** Habría en principio que dar la razón al recurrente porque en los hechos probados de la sentencia recurrida se relata un comportamiento que tiene encaje en el tipo objetivo que, como de apropiación indebida, se describe en el artículo 252 del Código Penal.

No comparte por tanto este Tribunal la consideración de la Juzgadora de instancia, que parece hacer suya la parte apelada y que se contiene en la fundamentación jurídica de la sentencia apelada, en el sentido de que, según consta al folio 68, el cheque de 17000 euros entregado por el Sr. Arribas al Sr. Colclough, "se recibió como carta de pago, esto es en propiedad y no en depósito comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo no siendo por tanto subsumible dentro del tipo legal de la apropiación indebida"; y no se comparte porque, abstracción hecha de que el dinero es un bien fungible y se entrega siempre de propiedad (como bien se enfatiza en el recurso), tal dinero (a dinero expresamente se refiere el artículo 252) se entregó con una determinada o concreta finalidad y por ello con la obligación de darle tal destino, lo que el acusado no ha cumplido alegando una serie de excusas que no disimulan ni justifican el que no lo haya destinado al fin para el que se le entregó; da además toda la impresión de que el Sr. Colclough desconfiando de todo el mundo va buscando cobertura jurídica por entender que solo a él le asiste la razón, creyéndose víctima de constantes agravios; y desde luego este Tribunal no va a entrar en esa dialéctica de discutir la actuación profesional del Sr. Ramis en los asuntos que llevó al acusado, que va acudiendo a sucesivos Abogados que quieran darle la razón.

Y podríamos incluso afirmar que la realización del tipo subjetivo podría deducirse del conjunto de hechos acreditados, entre los que no es precisamente despreciable el de que ni siquiera un euro de esos 17.000 haya sido entregado al Sr. Ramis, que lógicamente ha acudido a todas las vías legales disponibles para cobrar y que sólo puede entregar o poner a disposición del Sr. Colclough facturas pro forma porque no ha recibido ninguna cantidad.

Ahora bien, dicho todo lo anterior, para estimar el recurso nos encontramos con el serio, y entendemos que insalvable, escollo de la doctrina últimamente radicalizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que, da un paso más a lo que venía sosteniendo y fue recogido por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia, del Pleno, núm. 167/2002, de 18 de septiembre; ese paso más no es otro que el de exigir la inmediación en la segunda instancia, sobre la prueba de carácter personal, también por exigencias derivadas del derecho de defensa (dentro del derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas), para poder convertir una sentencia de absolución en el primer grado.

Ilustrativa, y crítica, resulta la reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 670/2012, de 19 de julio, donde se contiene un completo estudio y análisis del estado actual de la cuestión.

Bajo el prisma de lo que puede ser de interés para la presente sentencia (en tanto que lo que se dice en la aquí combatida es que el acusado se siente defraudado por la actuación llevada a cabo por el denunciante porque, tras comprometerse a cobrarle unos honorarios, pretende cobrarle una cantidad mucho mayor, habiendo acudido a otro letrado para consultar cómo podría solventar los problemas surgidos, y que, sobre todo, se añade que no ha habido una conducta dolosa por parte del acusado ya que parte del dinero cobrado lo utilizó en pagar deudas pendientes con el denunciante), intentaremos hacer un resumen de tan compendiosa sentencia.

**TERCERO.-** En esa sentencia 670/2012 de la Sala Penal del Tribunal Supremo empieza por recordarse que desde la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 147/2002 luego asentada en otras muchas, este último Alto Tribunal considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuadas por el juez de instancia y revoca, en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado, la sentencia absolutoria apelada; y que el



respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia.

Señala a continuación que, en lo que respecta al derecho de defensa, en los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha dictado dos sentencias en las que impone, ajustándose a la jurisprudencia del TEDH, en los casos en que se cambia en la segunda instancia la convicción probatoria sobre la concurrencia de los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos del tipo penal, que sean escuchados los acusados sobre quienes pueda recaer una condena *ex novo* en la sentencia a dictar por el tribunal *ad quem*; son las sentencias 184/2009, de 7 de octubre y núm. 142/2011, de 26 de septiembre.

Y trae a colación, como más cercanas, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de octubre de 2011 (caso Almenara Álvarez contra España) y de 22 de noviembre de 2011 (caso Lacadena Calvo contra España); en esta última discrepó de los criterios probatorios de nuestro Tribunal Supremo (que casó la sentencia absolutoria de la Audiencia) y Constitucional (que denegó el amparo), y se argumentó que *"el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de este último; en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una voluntad fraudulenta (dolo eventual) en relación con las personas afectadas"*, añadiendo que *"el Tribunal Supremo concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos"*; subraya además esa sentencia del Tribunal Europeo que *"el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado"*, para matizar a continuación que *"cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de dolo eventual), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan"*; y acaba estimando la demanda porque, en definitiva, *"el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad"*.

Recuerda nuestro Tribunal Supremo los pronunciamientos todavía más recientes del Tribunal Europeo; en concreto las sentencias de 13 de diciembre de 2011 (caso Valbuena Redondo contra España) y de 20 de marzo de 2012 (caso Serrano Contreras contra España), y de esta última se destaca lo siguiente:

*"A juicio del Tribunal, el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado. Al respecto, hay que reconocer que, cuando la inferencia de un tribunal se refiere a elementos subjetivos (como, en este caso concreto, la existencia de dolo), no es posible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber previamente intentado probar la realidad de este comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan (Lacadena Calero c. España, antes citado, § 47).*

*Ciertamente, el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado en virtud de una inferencia extraída de los hechos probados por la instancia inferior (entre ellos los documentos obrantes en autos). Sin embargo, el Tribunal Supremo extrajo esta deducción sin haber oído al acusado, que de este modo no tuvo la oportunidad de exponer ante el Tribunal las razones por las cuales negaba tanto haber sido consciente de la ilegalidad de su comportamiento como tener una intención fraudulenta (Lacadena Calero, antes citada, § 48). El Tribunal tiene en cuenta a este respecto que esta oportunidad no está prevista para el recurso de casación.*

*A la luz de lo que precede, el Tribunal considera que las cuestiones que debían ser examinadas por el Tribunal Supremo requerían la valoración directa del testimonio del acusado o de otros testigos (Botten c. Noruega, 19de febrero de 1996, § 52, Recopilación 1996-1, y Ekbatani c. Suecia, 26 de mayo de 1988, § 32, serie A n° 134). Sin embargo, ninguna vista oral se celebró ante el Tribunal Supremo. Por lo tanto, el acusado no fue oído personalmente sobre una cuestión de hecho que era sin embargo determinante para la valoración de su culpabilidad".*

A la vista de toda esta doctrina del Tribunal Europeo, nuestro Tribunal Supremo apostilla en la sentencia 670/2012 (que venimos glosando) que, como puede apreciarse, sigue en este caso el TEDH la doctrina que había aplicado anteriormente en el caso Lacadena Calero contra España, y vuelve, pues, a considerar que el dolo defraudatorio tiene un componente



factual que no puede ser constatado por el Tribunal de Casación para fundamentar una condena sin haber oído previamente al acusado, desarbolando así el criterio de los juicios de valor como instrumento procesal válido para acreditar los elementos subjetivos del delito en casación y dictar *ex novo* una sentencia condenatoria; y, tras aceradas críticas a tal doctrina, acaba significando que la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo también ha acogido últimamente los criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Y así se comprueba que en las SSTS 998/2011, de 29 de septiembre 1052/2011, de 5 de octubre , 1106/2011, de 20 de octubre, 1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/2011, de 18 de noviembre, 698/2011, de 22 de junio, 164/2012, de 3 de marzo, y 325/2012, de 3 de mayo , entre otras, se ha considerado que no procede la condena *ex novo* en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación.

**CUARTO.-** Trasladando esa doctrina al recurso de apelación aquí en examen, se constata que, para verificar la inferencia sobre la concurrencia del dolo, no se ha pedido la práctica ante esta Audiencia de las pruebas de carácter personal manejadas por la Juez *a quo*, y tenemos reiterado que, aun cuando se nos hubiera pedido, no cabe volver a repetir la practicada mientras no se reforme el artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; además el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 120/2009, de 18 de mayo, y 2/2010, de 11 de enero, y otras posteriores, sostiene que la inmediación exigida no se cumple con el visionado de la grabación del juicio de primer grado.

Ello nos impide hacer valer la inferencia apuntada y corregir, para convertirla en una de condena, la sentencia apelada.

**QUINTO.-** El recurso debe ser desestimado, confirmándose la sentencia apelada, sin que se haga expresa imposición de las costas de esta alzada.

#### **FALLO**

En atención a todo lo expuesto la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

**HA DECIDIDO**

**DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. Mateo Cabrer Acosta, actuando en nombre y representación de D. Francisco José Ramis Ripoll, contra la sentencia número 263/2011, de 7 de junio, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. dos de los de Palma de Mallorca en el Procedimiento Abreviado núm. 478/2010, del que dimana el presente Rollo de Sala, y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha sentencia, sin hacer expresa imposición de las costas de este recurso.

Notifíquese a las partes de la presente resolución en la forma establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial; y con certificación literal de la misma remítanse las actuaciones originales al Juzgado de lo Penal núm. dos de los de Palma de Mallorca a los efectos procedentes, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de apelación definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. Eduardo Calderón Susín que la suscribe, en el mismo día de su fecha, hallándose constituido en Audiencia Pública de todo lo cual doy fe.-