



Roj: **STS 684/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:684**

Id Cendoj: **28079120012021100149**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2021**

Nº de Recurso: **1655/2019**

Nº de Resolución: **158/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 158/2021

Fecha de sentencia: 24/02/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1655/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1655/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 158/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Pablo Llarena Conde

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 24 de febrero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 1655/2019 interpuesto por **Tarsila**, representada por la Procuradora D.ª Concepción Calvo Meijide, y bajo su propia dirección letrada, contra la sentencia de fecha 27 de diciembre de 2018 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, dictada en la apelación 53/2018, dimanante del rollo 576/2017 seguido ante la Audiencia Provincial de Córdoba (Secc. 3ª) procedentes del Juzgado de Instrucción nº 2 de Peñarroya-Pueblonuevo PA Nº 32/2016 en causa seguida contra la recurrente por delito de apropiación indebida.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Peñarroya-Pueblonuevo incoó PA Nº 32/2016, contra Tarsila por delito de apropiación indebida. Una vez concluidas las actuaciones las remitió a la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) que con fecha 9 de marzo de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"Este tribunal declara como probados los siguientes hechos En su condición de abogada la acusada Tarsila mayor de edad y sin antecedentes penales asumió la asistencia letrada de Benito en las Diligencias Previas nº 1022/18 luego Procedimiento Sumario 2/2011 seguido contra este y otros en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Peñarroya Pueblo-nuevo posteriormente Sumario 11/2011 de la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial.

Así las cosas el día 26 de diciembre de 2008 la acusada recibió en metálico de Federico, padre de Benito, la suma de 4.000 euros destinada al abono de la fianza que por dicho importe fue acordada mediante resolución dictada en el procedimiento indicado para que aquel pudiese eludir la prisión provisional decretada en su contra.

Ingresada pues la suma indicada en la cuenta del Juzgado surtido el correspondiente efecto en favor del encausado Benito que obtuvo la libertad provisional; tramitado el Procedimiento Sumario nº 11/2011 antes referido en el que recayó sentencia firme de 5 de noviembre de 2014; y acordándose en ejecución de la misma mediante Diligencia de Ordenación de 13 de julio de 2015 mandamiento de devolución de los 4.000 euros en su día consignados en concepto de fianza (mandamiento que fue entregado a la acusada el día 12 de agosto de 2015) esta guiada por un evidente ánimo de obtener un ilícito beneficio, incorporó a su patrimonio haciéndola suya la expresada cantidad dejando de atender los diversos requerimientos que se le hicieron por Federico para que le devolviese el dinero.

Unos días antes del presente juicio la acusada ha devuelto finalmente a este último la cantidad antes indicada".

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

"Que debemos condenar como condenamos a Tarsila como autora criminalmente responsable del delito de apropiación indebida ya definido con la concurrencia de la circunstancia atenuante muy cualificada de reparación del daño a la pena de TRES MESES y UN DÍA de PRISIÓN y a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena por igual tiempo y a la de INHABILITACIÓN ESPECIAL para el ejercicio de la profesión de abogado con motivo de cuyo desempeño ha realizado la conducta ahora enjuiciada, igualmente durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad y al pago de las costas del presente proceso.

A los efectos oportunos comuníquese la presente resolución al Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba. Estése a la espera de la terminación y remisión a este Tribunal de la pieza de responsabilidad civil correspondiente".

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Apelación contra la sentencia anteriormente citada, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla dictó sentencia con el siguiente encabezamiento:

"Vistos en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por los Illos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación y autos originales de juicio penal seguidos ante la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección Tercera) -Rollo nº 576/2017-, procedentes del Juzgado de Instrucción nº 2 de Peñarroya-Pueblonuevo (Procedimiento Abreviado nº 32/2016), por delito de apropiación indebida contra Tarsila, de las circunstancias personales que constan en la sentencia apelada".

Con fecha 27 de diciembre de 2018 la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla dictó sentencia con el siguiente FALLO:



"Que **desestimando** del recurso formulado por la defensa de Tarsila contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba, la **confirmamos**, sin condena al pago de las costas causadas en esta alzada".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de Tarsila 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.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal de la recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

PRIMERO.- "Invocado. POR INFRACCIÓN DE LEY, en virtud del art. 849. 1º. LECrm., por infracción de precepto penal; arts. 1, 10, 12, 13, 15, 22.8º, 32- 34 , 54- 57 , 58, 59, 61, 66, 70- 72, 74.1º y 2º, 109- 122 del Código Penal en relación con los arts. 253 del C.P. y la L.E.Crm arts. 142 y 849 de la LECrm., por error en la apreciación de la prueba de conformidad con el art. 855 .2º de la misma , designó como particulares de los documentos que muestran, sea dicho respetuosamente, el error en la apreciación de la prueba en la DOCUMENTAL APORTADA con carácter previo en el acto del Juicio Oral, como ya dijimos en nuestro escrito de preparación del recurso, y consiste en la denuncia interpuesta por D. Federico , la liquidación de honorarios realizado por mi mandante a su cliente D. Benito y el documento emitido por la entidad Mafre donde consta el pago de los honorarios de mi mandante a D. Federico , en relación con tipo del Delito y su elemento objetivo como es la apropiación de dinero para sí".

SEGUNDO.- "POR ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA, en virtud del art. 849.2 LECrm., consistente en los documentos aportados por esta parte, incluso en el acto de la vista".

TERCERO.- "Invocado INFRACCIÓN DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL. En virtud del art. 852 LECrm. en relación con el art. 24 de la Constitución Española, a los efectos establecidos por el art.44 L.O. Tribunal Constitucional, en relación con el art. 24 C.E. entendiéndose que no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia de mi representado".

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó a la Sala la inadmisión del recurso interpuesto y, subsidiariamente la desestimación del mismo, de conformidad con lo expresado en su informe presentado con fecha 11 de septiembre de 2019; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 23 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Cuando del recurso de casación contra sentencias dictadas en segunda instancia se trata, viene recordando este Tribunal que, tras la reforma operada por Ley 41/2015, varió sustancialmente el régimen de este recurso, porque lo que se ha de impugnar es esa sentencia de segunda instancia, esto es, la que resuelve el recurso de apelación, que es frente a la que deberá mostrar su discrepancia quien recurra.

Por esta razón, no debe consistir el recurso de casación en una reiteración del contenido del previo recurso de apelación, porque esto supone convertir la casación en una nueva apelación, ni tampoco en plantear cuestiones nuevas no introducidas en la apelación, porque, al no haber sido discutidas con ocasión de esta, se trata de cuestiones ya consentidas.

El recurso de casación ha de entablar, pues, un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente, ello supondrá también cuestionar otra vez la sentencia dictada en primera instancia, pero lo que no es correcto es reproducir en casación lo ya desestimado en la apelación, por cuanto que esos mismos argumentos ya ha habrán sido objeto de estudio con ocasión del primer recurso, y tenido respuesta en él, lo que no quita para que se deba ignorar la primera sentencia.

Esta es la doctrina seguida por esta Sala en diferentes sentencias, de entre las cuales, citamos la STS 495/2020, de 8 de octubre, en la que decíamos lo siguiente:

"A partir de la reforma de 2015 lo impugnado en casación es la sentencia dictada en segunda instancia, es decir la que resuelve la apelación (art. 847 LECrim). Cuando es desestimatoria, la casación no puede convertirse en una apelación bis o una segunda vuelta del previo recurso, como un nuevo intento en paralelo y al margen de la previa impugnación fracasada. El recurso ha de abrir un debate directo con la sentencia de apelación, tratando de rebatir o contradecir sus argumentos. Indirectamente ello supondrá también cuestionar otra vez la



sentencia dictada en primera instancia. Pero no es correcto limitar la casación a una reproducción mimética del recurso contra la sentencia de instancia, ignorando la de apelación; actuar como si no existiese una resolución dictada por un Tribunal Superior; es decir, como si se tratase del primer recurso y los argumentos aducidos no hubiesen sido ya objeto de un primer examen que el recurrente aparca y desprecia sin dedicarle la más mínima referencia.

El recurso de casación ha de proponerse como objetivo rebatir las argumentaciones vertidas en esa primera fiscalización realizada en la apelación; no combatir de nuevo la sentencia de instancia como si no se hubiese resuelto ya una impugnación por un órgano judicial como es el Tribunal Superior de Justicia. Cuando éste ha dado respuesta de forma cumplida y la casación es un clon de la previa apelación se deforma el sistema de recursos. Si esta Sala considera convincentes los argumentos del Tribunal Superior de Justicia y nada nuevo se arguye frente a ellos, no podremos más que remitirnos a la respuesta ofrecida por el Tribunal Superior de Justicia, si acaso con alguna adición o glosa. Pero en la medida en que no se introduce argumentación novedosa, tampoco es exigible una respuesta diferenciada en tanto estén ya satisfactoriamente refutados esos argumentos que se presentan de nuevo".

SEGUNDO.- De una manera un tanto desordenada se articula el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que parece que no tiene en cuenta la recurrente, porque es poco menos que una reproducción de las alegaciones que ya efectuara con ocasión del previo recurso de apelación; no obstante lo cual, se le dará respuesta, si bien acomodándonos a la sistemática que consideramos más eficaz, habida cuenta del desorden que apreciamos en los motivos que se enuncian y cómo se desarrollan, y, para el mejor tratamiento de los tres motivos en que se estructura, lo más conveniente es unificarlos y desarrollar de manera conjunta su análisis.

En efecto, de una u otra manera, todos ellos se centran en considerar que la conducta enjuiciada no es subsumible en el delito de apropiación indebida por el que se la condena, desarrollando su discurso defensivo sin pasar por el escrupuloso respeto a los hechos probados, como exigiría el haber acudido a un primer motivo, por *error iuris*, del art. 849.1 LECrim, y, además, lo hace a base de poner como premisa algo que no solo no coincide con el relato fáctico de la sentencia de instancia, sino que es indiferente a los efectos estimatorios que se pretenden con el recurso.

Insiste la recurrente, como ya hiciera en el recurso de apelación, que había una fianza que fue ingresada a nombre de Benito (el hijo) y que en dicho concepto fue retirada por ella en nombre de este, con el cual tenía liquidaciones líquidas y exigibles que se encontraban pendientes, exponiendo, a continuación, otro encargo profesional con esta misma persona, que sería la base para mantener la tesis de la compensación de deudas que la exculpase. Ahora bien, asumiendo que existiera pendiente esa liquidación de honorarios, esta sería con Benito, que es con quien mantuvo relaciones profesionales, mientras que el dinero que no devuelve se lo había entregado Federico (su padre), con lo que su línea argumental defensiva no convence, y por eso decimos que su planteamiento es indiferente, porque lo articula a costa de confundir patrimonios, cuando es distinta la deuda pendiente con cada uno, y, tan es así, que en su propio recurso, aunque dice que el dinero lo recibió en nombre del hijo, Benito (no que perteneciera a él), insiste en que su relación profesional era con este, y que la denuncia la presentó Federico (el padre), con el que no tiene ninguna relación profesional.

Se trata, pues, de dos relaciones jurídicas distintas, que no deben ser mezcladas y confundidas, de las que, la relativa al padre, queda claramente expuesta en los hechos probados, cuando dice que "la acusada recibió en metálico de Federico, padre de Benito, la suma de 4.000 euros destinada al abono de la fianza", que es la cantidad que no devuelve al primero, pese a los diversos requerimientos que le hizo.

En el caso de la apropiación indebida, lo fundamental es de quien se recibe el dinero, algo que no niega la recurrente, pues, como explica la sentencia de instancia, "la cantidad recibida por mandamiento de devolución del juzgado es para remitirla a quien originariamente le entregó el dinero al letrado para que fuese constituida como fianza para eludir la prisión", porque ello resulta de la literalidad del art. 253 CP, que castiga a quienes se apropiaren de dinero que hayan recibido en virtud de alguno de los títulos que produzcan la obligación de devolución, devolución que, en el concreto caso de los que menciona expresamente el propio art. 253, ha de ser a aquel de quien se recibe: por ejemplo, en el del depósito, al depositante (art. 1766 C.C.), y en el caso de la comisión, el comisionista ha de rendir cuentas y reintegrar el sobrante de la comisión al comitente (art. 263 C.Com.), de manera que, siendo esto así, con más razón se han de rechazar los argumentos exculpatorios de la recurrente, desde el momento que se da por probado, además, que el dinero pertenecía a Federico (el padre).

En cualquier caso, no vale el argumento que se hace en el recurso, de que no se indicó a la recurrente a quien pertenecía el dinero, porque el hecho de que se lo entregase el padre daba a este una apariencia de legitimidad sobre él, que, como poseedor, razonablemente debería haber llevado a pensar a quien lo recibiera que le pertenecía a aquel; es más, si estamos hablando de que es dinero para hacer frente a una fianza de



libertad, y repasamos las disposiciones que regulan esta medida en la LECrim, vemos que su art. 533, que se remite al 591 y ss., contempla la posibilidad de que un tercero salga fiador personal, quien deberá responder de la presencia del inculpado, hasta el punto de que, si no comparece a los llamamientos judiciales y no lo presenta a la autoridad judicial, pierde la fianza, que se constituye con bienes propios, pues se adjudica al Estado, ante lo cual, vuelve a ser razonable pensar que así se prestó el aval, más si se tiene en cuenta que, entre las circunstancias que el art. 592 exige del fiador es que sea persona con "solvencia para el pago de las responsabilidades que eventualmente puedan exigirse", todo lo cual, con mayor razón, debería haber tenido presente la recurrente, dada su profesión de abogada, quien, caso de duda, debió haberse informado en el momento en que recibió el dinero.

TERCERO.- Al margen las consideraciones que hemos hecho en el fundamento anterior, es conocida la doctrina de esta Sala que rechaza un derecho de retención unilateral por parte del letrado respecto cantidades recibidas en un proceso para hacerse pago de sus honorarios, si bien sujeta a matizaciones en casos de pendencia de liquidación de cuentas en relaciones con una cierta duración, lo que no es trasladable aquí, porque, al margen de que se trataría de una autoliquidación unilateral, como hemos explicado, en el caso que nos ocupa, de haber una liquidación de cuentas pendiente, no era con Federico, que es quien entrega el dinero, sino con su hijo, Benito.

En apoyo de su argumentación, la sentencia de instancia cita la STS 1039/213, de 24 de diciembre, que recuerda jurisprudencia en la que se mantiene que un profesional no puede, mediante un acto unilateral carente de cobertura, descontar el importe de sus honorarios de las cantidades recibidas del Juzgado para su entrega al cliente, si no lo tiene pactado o resulta con claridad esta posibilidad, circunstancias ninguna de las cuales concurren en el caso que nos ocupa.

Este Tribunal, en Sentencia 150/2018, de 27 de marzo de 2018, distinguía, de los distintos conceptos en que un abogado recibe dinero de su cliente, cuando puede incurrir y cuando no es responsabilidad penal. Decía así:

"Por lo tanto, cuando el Letrado recibe cantidades como provisión de fondos no se aprecia el delito de apropiación indebida, aunque no cumpla lo contratado, si lo recibido es a cuenta de los honorarios. Por el contrario, cuando se recibe la provisión de fondos con destino a gestiones concretas que el Abogado deba pagar a terceros, se comete el delito si, no dándoles el destino concertado, las hace suyas. Del mismo modo cuando aplica a sus honorarios lo que ha recibido de un órgano jurisdiccional o de terceros para entregarlo a su cliente. Pues, en estos casos es un gestor de dinero ajeno, mientras que en aquellos recibe un pago por sus servicios, de forma que lo hace legítimamente propio.

En consonancia con lo expuesto, son varios los casos en que esta Sala ha apreciado la apropiación indebida cuando un Letrado, tras recibir de órganos judiciales, o de particulares, cantidades de dinero en concepto de indemnización para su entrega al destinatario, sea un tercero, o sea su propio cliente, hace suyo el dinero recibido, abusando de su posesión o tenencia para hacerse pago de sus propios honorarios (STS nº 123/2013). El título de recepción, en esos casos, impone la obligación de entregar el dinero recibido al destinatario, sin que exista la posibilidad de aplicarlo al pago de honorarios, salvo pacto expreso en ese sentido".

Así pues, en aplicación de la anterior doctrina, y teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en el fundamento anterior, hemos de rechazar el planteamiento exculpativo de la recurrente, puesto que en su conducta concurren los elementos fácticos para su subsunción en el delito de apropiación indebida del art. 253 CP por el que fue condenada en la instancia.

CUARTO.- Como un motivo más de su recurso, se queja la recurrente de la pena de accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de abogada que le ha sido impuesta en aplicación del art. 56.3 CP, y esgrime que con el denunciante no existe ningún tipo de relación abogado-cliente y en ningún momento se le ha realizado encargo profesional.

Como primera consideración, decir que el argumento concerniente a este motivo lo desarrolla bajo la intitulación de error en la apreciación de la prueba e invoca el art. 849.2 LECrim, con lo que, solo por esto, estaría abocado al fracaso, pues ni siquiera menciona el documento en que basa ese error; no obstante, alguna consideración de fondo se hará, aunque sea a costa de repetir las que ya se hicieron en las sentencias de instancia y apelación.

Así, podemos comenzar diciendo que el delito de apropiación indebida es un tipo de infidelidad, en que, en su modalidad de apoderamiento, este es producto de la quiebra de un deber de fidelidad depositada en la persona que recibe el dinero en virtud de alguna de las relaciones contractuales del art. 253, y que, cuando ha de devolverlo, no lo devuelve. No se trata, pues, de centrarse en si entre el denunciante y la recurrente existía una relación de abogado-cliente, sino que lo fundamental es que, cualquiera que sea la calificación que esta quiera dar a esa relación, lo cierto es que la relación existía y fue producto de la confianza depositada en ella



como abogada, por lo que la entregó un dinero propio para realizar una gestión característica de su profesión, como era la materialización de la fianza. Concorre, pues, el presupuesto para la aplicación de la pena accesoria del art. 56 CP, que establece lo siguiente:

"1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código".

Como se puede ver, el mandato imperativo utilizado por el legislador, empleando el tiempo de futuro "impondrán", obliga, necesariamente, a aplicar la pena accesoria, si la apropiación tiene relación directa con la profesión ejercida por el sujeto activo, que, insistimos, la tiene, por cuanto que, como se razona en la sentencia de apelación, "es absolutamente evidente que el Sr. Federico entregó los 4.000 euros a la Sra. Tarsila por su condición de abogada y a fin de realizar una gestión propia de su función".

Procede, por tanto, la desestimación de este motivo de recurso.

QUINTO.- Procede condenar a la recurrente al pago de las costas (art. 901 LECrim), a la vista de la desestimación del recurso.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Tarsila** contra la Sentencia 108/2018, dictada con fecha 27 de diciembre de 2018 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Recurso de Apelación nº 53/2018, que se confirma íntegramente, con imposición de las costas causadas en el recurso a la recurrente.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Díaz D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García