

Id Cendoj: 28079120012009100746
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1117/2008
 Nº de Resolución: 768/2009
 Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
 Ponente: JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Apropiación indebida. Derecho de defensa. Renuncia en el acto del juicio a la autodefensa. No produce indefensión la negativa del Tribunal a suspender el juicio. Apropiación indebida. Liquidación entre las partes. No existe derecho retención en el Abogado respecto a su cliente. Delito del art. 254 distinción con la apropiación indebida. Responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.3 CP. Doctrina de la Sala. Se aprecia. Actuación negligente del Banco al ingresar en l cuenta particular del querellado, cheques nominativos librados a favor de la entidad bancaria para cuenta consignaciones.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Julio de dos mil nueve

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, e infracción de Ley que ante Nos penden, interpuestos por **Jose Ignacio Y BANCO VITALICIO DE ESPAÑA CA. DE SEGUROS Y REASEGUROS**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Primera, que condenó a Jose Ignacio , por un delito **apropiación indebida** ; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y Fallo, bajo la Presidencia del Primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, siendo también parte el Ministerio Fiscal y como parte recurrida el Banco Bilbao Vizcaya Argentaría SA. representado por la Procuradora Sra. Ibañez de la Cardiniere; y estando los recurrentes representados por las Procuradoras Sras. Pintado de Oyague y Rodríguez Rodríguez respectivamente.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción número 3 de Toledo, incoó Procedimiento Abreviado con el número 4 de 2005, contra Jose Ignacio , y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Toledo, cuya Sección Primera, con fecha 17 de enero de 2.008, dictó sentencia, que contiene los siguientes:

HECHOS PROBADOS: *Se declara probado que "entre los años 1991 y 2000" el acusado o Jose Ignacio , mayor de edad y sin antecedentes penales mantuvo relaciones profesionales en su condición de abogado en ejercicio con la compañía aseguradora Banco Vitalicio de España, en virtud de las cuales, además de encargarse de la defensa de sus intereses en numerosos procedimientos judiciales derivados fundamentalmente de accidentes de circulación, se encargaba también de efectuar pagos, ingresos y consignaciones en las correspondientes cuentas de los diferentes Juzgados de esta provincia de Toledo, para lo cual Banco Vitalicio le hizo entrega de multitud de cheques conformados para que procediera a su ingreso en dichas cuentas de consignación.*

*Quando se trataba de efectuar el pago a un particular, la compañía le remitía al querellado un **cheque nominativo**, y tratándose de consignaciones en la cuenta del Juzgado, lo que remitía era un **cheque** a favor de Banco Bilbao Vizcaya Argentaría, entidad adjudicataria de la gestión de las cuentas de consignaciones de los juzgados, los cuales el querellado ingresaba en sus propias cuentas corrientes aperturadas en dicha entidad, procediendo después a efectuar el traspaso de fondos desde las mismas a las cuentas de consignaciones de los juzgados. Sin embargo en diez ocasiones y por un importe total de 410.804 #, los cheques fueron ingresados en su propia cuenta pero en ninguno de ellos se realizó traspaso alguno de fondos a las cuentas de los juzgados correspondientes, haciendo suyas hasta la fecha el acusado las expresadas cantidades, las cuales ha incorporado a su patrimonio con ánimo de ilícito enriquecimiento".-*

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

FALLO: Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Jose Ignacio , como autor de un delito continuado de apropiación indebida de los arts. 252, 248.1, 249 Y 250 6a y 7a en relación con el art. 74 del CP , a las penas de tres años y medio de prisión, multa de seis meses con cuata de 10 # Y responsabilidad personal del art. 53 del CP , inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de abogado por el tiempo de la condena y pago de costas incluidas las de la acusación particular, y que indemnice a Banco Vitalicio de España en 410.824 #; absolviéndole libremente de los delitos de deslealtad profesional y estafa que se le imputaban.

Se absuelve libremente a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA de toda responsabilidad civil derivada del asunto.

Se imponen al condenado un tercio de las costas derivadas de la acción penal y se declaran de oficio los dos tercios restantes y las derivadas del ejercicio de las acciones civiles.

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de Ley, por Jose Ignacio y Banco Vitalicio de España, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

Cuarto.- Las representaciones del procesado y acusación particular, basan sus recursos en los siguientes MOTIVOS DE CASACION.

Recurso interpuesto por **Jose Ignacio**

PRIMERO.- Al amparo del *art. 14 CE* . en relación con el *art. 24.2 CE* .

SEGUNDO.- Al amparo del *art. 24.2 CE* .

TERCERO.- Al amparo del *art. 849.2 LECrim* .

CUARTO.- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por indebida aplicación del *art. 252 CP* .

QUINTO.- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por inaplicación del *art. 144 de la Ley 19/85 de 16.7* .

Recurso interpuesto por **BANCO VITALICIO DE ESPAÑA**

UNICO.- Al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por inaplicación del *art. 120.3 CP* .

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos no estimó necesaria la celebración de vista oral para su resolución y solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación de los mismos por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento se celebró la deliberación prevenida el día trece de mayo de dos mil nueve.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO INTERPUESTO POR Jose Ignacio

PRIMERO: El motivo primero por infracción de precepto constitucional establecido en el *art. 14 CE* . en relación con lo dispuesto en el *art. 24.2 CE* , relativo al derecho de defensa y asistencia letrada, arts. 118, 520.2 c), 788.1, 788.2, 788.3, 791 y 793.9 LECrim., *art. 50 Estatuto de la Abogacía y arts. 238, 240, 542 y 545 LOPJ* , derecho fundamental a la igualdad ante la Ley; y el motivo segundo por infracción de precepto constitucional, *art. 24.2* , en relación con los arts. 118, 520.2 c), 788.1, 788.2, 788.3, 791 y 793.1 LECrim. y arts. 238 y 240 LOPJ , al afectar a la vulneración del derecho de defensa y asistencia letrada, *art. 24.2 CE* , en cuanto reitera con mayor detalle lo ya expuesto en el motivo precedente, deben ser analizados conjuntamente.

Se entiende vulnerado aquellos derechos fundamentales por el Tribunal encargado de dictar sentencia, como consecuencia de ser desestimada por dicho Tribunal la petición o solicitud, como artículo de previo pronunciamiento, relativa a la suspensión de la vista del juicio oral señalada para el 9.1.2008, para proceder seguidamente el acusado a ejercer su derecho de defensa y de libre designación de letrado de su confianza que se encargara de ejercitar su derecho de defensa con plenas garantías, tras haber renunciado previamente el recurrente a ejercitar el derecho de autodefensa que le otorga y reconoce el *art. 50 del Estatuto de la Abogacía* , acordando el Tribunal, contrariamente a la suspensión solicitada por el acusado, la continuación de la vista para evitar dilaciones indebidas, atendida la condición profesional que como abogado ostenta y ejercita dicho acusado.

Ciertamente entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el *art. 24.2* de la Constitución Española, reconoce no solo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos, con las salvedades oportunas y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso en el *inciso final del art. 24.1 CE* ." (STC. 47/87).

La STC. 198/2003 de 10.11 ha destacado la interdependencia y la íntima conexión que existe entre el derecho de defensa y el de asistencia letrada, "derecho que tiene como finalidad al igual como todas las demás garantías que conforman el derecho en que se integran, el de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción y que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso en el *inciso final del art. 24.1 CE* ." (STC. 47/87).

Y centrándonos en la defensa técnica la STC. 199/2003 de 10.11, FJ 4 , señalaba: " ... ha de recordarse, por una parte que este Tribunal ha reconocido la especial proyección que tiene la exigencia de asistencia letrada en el proceso penal por la complejidad técnica de las cuestiones jurídicas que en él se debaten y por la relevancia de los bienes jurídicos que puedan verse afectados (SSTC. 18/95 de 24.1, 233/98 de 1.12, FJ. 3, 162/99 de 27.9, FJ. 3) , y por otra, que la exigencia de la asistencia letrada no tiene un alcance único ni un contenido unívoco en todos los supuestos en que está reconocida constitucionalmente, sino que está vinculada a la diferente función que como garantía *constitucional ha de cumplir en cada uno* de los dichos supuestos...".

Por ello, el derecho de igualdad reconocido genéricamente en el *art. 14 CE* . puede ser reconducido al ámbito específico del *art. 24.2 CE* , que consagra el derecho de defensa y asistencia letrada, y la desigualdad podrá producirse si la autoridad judicial impide que algunas de las partes del proceso se vean representadas y defendidas por profesionales libremente designados por ellas.

Ahora bien también hemos declarado reiteradamente, que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el *art. 24.1 CE* . comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que puesto en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado 2 del mismo precepto constitucional, significa " *que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes a quienes debe darse la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o intereses* " (S.S.T.C. número 112/ 87 de 2.7, 114/88 de 10.6, 237/88 de 13.12), por si mismo (autodefensa) o con la asistencia de letrado, si optasen por esta posibilidad, o la misma fuese legalmente impuesta (STC. 29/95 de 6.2).

Precisamente, la preservación de sus derechos fundamentales y, en especial, la regla o principio de interdicción de indefensión, reclaman un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional para garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes, por lo que corresponde a los órganos judiciales velar que en las distintas fases de todo el proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean éstas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen.

Además, como hemos señalado en la STS. 252/2008 de 22.5 , el concepto constitucional de indefensión es más estricto y no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. Se ha expuesto, como primero de los rasgos distintivos, la necesidad de que se trate de una efectiva y real privación del derecho de defensa; es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreциar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con

relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90, 8/91, 33/92, 63/93, 270/94, 15/95).

No basta, por tanto, con la realidad y presencia de un defecto procesal si no implica una limitación o menoscabo del derecho de defensa en relación con algún interés de quien lo invoca, sin que le sean equiparables las meras situaciones de expectativa del peligro o riesgo SSTC 90/88, 181/94 y 316/94).

En definitiva, no son, por lo general, coincidentes de manera absoluta las vulneraciones de normas procesales y la producción de indefensión con relevancia constitucional en cuanto incidente en la vulneración del derecho fundamental a un proceso justo que establece el *art. 24 CE* . Así la STS 31.5.94, recuerda que el Tribunal Constitucional tiene declarado, de un lado, que no toda vulneración o infracción de normas procesales produce "indefensión" en sentido constitucional, pues ésta solo se produce cuando se priva al justiciable de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos con el consiguiente perjuicio SSTC 145/90, 106/93, 366/93), y de otra, que para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración puramente formal sino que es necesario que con esa infracción formal se produzca ese efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa SSTC 153/88, 290/93).

Por ello la exigencia de que la privación del derecho sea real supone e implica una carga para la parte que la alega, consistente en la necesidad de proporcionar un razonamiento adecuado sobre tal extremo, argumentando como se habría alterado el resultado del proceso de haberse evitado la infracción denunciada.

- Pero además, y en segundo lugar, la privación o limitación del derecho de defensa ha de ser directamente atribuible al órgano judicial. Ni la Ley ni la doctrina del Tribunal Constitucional amparan la omisión voluntaria, la pasividad, ni tampoco, de existir la negligencia, impericia o el error. La ausencia de contradicción y defensa de alguna de las partes en el proceso que resulta de su actuación negligente no puede encontrar protección en el *art. 24.1 CE* ; así ocurre cuando la parte que pudo defender sus derechos e intereses legítimos a través de los medios que el ordenamiento jurídico le ofrece no usó de ellos con la pericia técnica suficiente, o cuando la parte que invoca la indefensión coopere con la conducta a su producción, ya que la indefensión derivada de la inactividad o falta de diligencia exigible al lesionado, o causada por la voluntaria actuación desacertada, equivocada o errónea de dicha parte, resulta absolutamente irrelevante a los efectos constitucionales, porque el derecho a la tutela judicial efectiva no impone a los órganos judiciales la obligación de subsanar la deficiencia en que haya podido incurrir el planteamiento defensivo de la parte STC 167/88, 101/89, 50/91, 64/92, 91/94, 280/94, 11/95).

-Ello es así, porque la situación de indefensión alegada exige la constatación de su material realidad y no sólo de su formal confirmación. Tal exigencia es reiterada de modo constante por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala a fin de evitar que bajo la sola invocación de violencias constitucionales se encubra la realidad de meras irregularidades procesales que, encajadas en sede de legalidad ordinaria, no alcanzan cotas de vulneración de Derechos reconocidos en la Carta Magna que la parte, interesadamente, les asigna.

Por otro lado, es también unánime la precisión jurisprudencial que se refiere al comportamiento procesal del recurrente a lo largo del procedimiento y en sus diversas fases, pues tal constatación es determinante para la aplicación de la buena o mala fe procesal y, sobre todo, para valorar en toda su intensidad la real presencia de una situación de indefensión que anule de manera efectiva las posibilidades de defensa o haya impedido la rectificación de comportamientos procedimentales irregulares en momentos especialmente previstos para su denuncia y corrección con merma mínima de otros derechos de igual rango como pudiera ser, entre otros, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. De ahí que, en pura correspondencia con al proscripción constitucional garantista de un proceso justo, se plasman exigencias en evitación de abusos o de actividades interesadas en la confirmación artificial de situaciones de indefensión que, al alcanzar cotas de imposible corrección, hagan precisa una técnica quirúrgica anulatoria nunca deseable, aunque si perseguida, por quienes, sometidos a un proceso incriminatorio con reales posibilidades de condena, consiguen así dilatar al máximo la conclusión del mismo.

En resumen para que los vicios del procedimiento puedan tener una relevancia de orden constitucional, es preciso la concurrencia de la mencionada indefensión material que no existe -dice la STS. 1163/2006 de 16.11 -, "incluso en el caso de un proceso seguido inaudita parte, cuando de las actuaciones se colija que el denunciante en *un recurso de amparo* no ha desplegado la diligencia apropiada en la defensa de sus derechos", añadiendo después la misma sentencia del TC 128/2005 , que "si bien es cierto que los errores de los órganos judiciales no deben repercutir negativamente en la esfera del ciudadano, también lo es que a este le es exigible una mínima diligencia, de forma que los posibles efectos dañosos resultantes de una actuación incorrecta de aquellos carecen de relevancia desde la perspectiva del amparo constitucional cuando el error sea asimismo achacable a la negligencia de la parte". Y si esto nos dice el Tribunal Constitucional respecto de los procesos de amparo que ante este órgano se suscitan, lo mismo ha de decirse para los recursos de casación penal en que se alega infracción de algún derecho fundamental, de orden sustantivo o procesal.

SEGUNDO: En el presente caso se aduce que se solicitó por escrito de 8.1.2008 que literalmente decía: "*por medio del presente escrito, vengo a poner de manifiesto y comunicar a esta Sala y sección a que me dirijo MI RENUNCIA EN CUANTO A CONTINUAR ASUMIENDO COMO LETRADO MI PROPIA DEFENSA, al estimar mayormente conveniente y apropiado -en aras de asegurar y garantizar total e íntegramente el cumplimiento de aquellos derechos fundamentales regulados y proclamados por el art. 24 CE.- procede a la libre designación por mi parte de aquél Abogado y compañero que se encargue de mi defensa en las presentes actuaciones y juicio oral. Razón ésta por la cual, dando cumplimiento tales derechos reconocidos y salvaguardados constitucionalmente por el citado art. 24 anterior, solicito se proceda a SUSPENDER EL COMIENZO DE LAS SESIONES QUE DEL JUICIO ORAL se encuentran señaladas para el próximo miércoles día 9 del presente mes de Enero y año en curso 2.008, acordándose la concesión del plazo previsto para poder proceder a designar libremente aquel Abogado o compañero encargado de asumir mi defensa. Para que seguidamente, una vez efectuada dicha designación, fijar nueva fecha de señalamiento para el comienzo de las sesiones del juicio oral*".

Como dicho escrito, presentado el día anterior a la deliberación de la vista, no pudo ser proveído ni resuelto por la Sala, dicha solicitud fue planteada al comienzo de la vista como cuestión de previo pronunciamiento por el hoy recurrente. Petición de la que la Sala dio traslado a las partes, mostrando la acusación particular su conformidad, no así el Ministerio Fiscal quien se opuso a dicha suspensión por entender que dicha solicitud se hacía en fraude de Ley con finalidad dilatoria, no procediendo la misma dado el conocimiento de los autos que el acusado tenía como consecuencia de su condición profesional de abogado en ejercicio, argumentación a la que se adhirió el responsable civil subsidiario, Banco Bilbao Vizcaya.

La Sala, tras la oportuna deliberación, no accedió a lo solicitado por el acusado y acordó la continuación del juicio oral, dando inicio a las sesiones de la vista señalada, haciéndose constar por el hoy recurrente la protesta oportuna a los efectos de hacer valer su derecho mediante el posible recurso de casación contra dicho acuerdo.

Entiende el recurrente que la desestimación de la solicitud del acusado de renunciar a su propia defensa -dada su condición como letrado ejerciente- en el juicio oral, proceder a la suspensión de la vista, y acordar la concesión de un plazo para la designación libre de un abogado de su confianza que asuma su defensa, vulnera no solo el derecho de igualdad reconocido por el *art. 14 CE* , sino también el derecho de defensa y asistencia letrada reconocido por el *art. 24.2 CE* , y el resto de las normas de la LECrim. y de la LOPJ. citadas en los motivos.

El motivo debe ser desestimado.

Una cosa es que cualquiera que sea parte en juicio pueda cambiar la persona de su letrado en el momento que estime oportuno, dado el principio de confianza básico en la relación profesional entre abogado y cliente, y todo ello con independencia de que en un principio y para el caso de coincidir l condición de imputado junto con la profesional de abogado en ejercicio, se posibilite a través del *art. 50 del Estatuto de la Abogacía* el ejercicio de la autodefensa, posibilidad contemplada como un derecho del imputado y no como una imposición, obligación o mandato, y no sometida a preclusión alguna, lo que implica que asumida en un primer momento la autodefensa, pueda con posterioridad renunciarse a la misma y valerse de letrado de su libre elección, y otra muy distinta que ese derecho de defensa, reconocido en el *art. 24.2 CE* , sea ilimitado, pues como se dice en la STS. 985/2006 de 17.10 , está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal de rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso del derecho, fraude de *Ley o procesal*, según el *art. 11.2 LOPJ*.

En efecto el Tribunal Constitucional recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, emanada al aplicar e interpretar el *art. 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ha declarado que el derecho de defensa "garantiza tres derechos al acusado: a defenderse por sí mismo, a defenderse mediante asistencia letrada de su elección y, en determinadas condiciones, a recibir asistencia letrada gratuita", sin que la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario, para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal (STC 37/1988, fundamento jurídico 61).

Y es que la confianza que al acusado le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado ocupa un lugar destacado en el ejercicio del derecho de asistencia letrada cuando se trata de la defensa de un acusado en un proceso penal, y por ello la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector de él. Pero la necesidad de contar con la confianza del acusado no permite a éste disponer a su antojo el desarrollo del proceso ni elegir, sin restricción alguna, cuándo se reitera o se mantiene la misma (STC 162/1999, de 27 de septiembre), pues el ejercicio del derecho de asistencia letrada entra en ocasiones en tensión o conflicto con otros intereses protegidos también por el derecho fundamental que el *art. 24.2 C.E.* reconoce en relación con el derecho a obtener la tutela de los Tribunales y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

De esta forma, -dice la STS. 123/2006 de 9.2 - es legal y constitucionalmente posible incluso imponer limitaciones en el ejercicio de la posibilidad de designar Letrado de libre elección en protección de otros intereses constitucionalmente relevantes, siempre y cuando dichas limitaciones no produzcan una real y efectiva vulneración del derecho de asistencia letrada, de manera que queden a salvo los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho (SS.T.C. 11/1981, 37/1987 y 196/1987). Con más razón será posible no atender una petición injustificada de cambio de Letrado cuando, por las circunstancias, en que ésta se produce se ponga de relieve, a juicio del Tribunal, que no es el mejor ejercicio del derecho de defensa, sino otros intereses, legítimos pero no atendibles, los que se escudan tras dicha pretensión, pues como ha recordado la jurisprudencia el derecho de defensa y asistencia letrada, como no lo es ninguno, no es absoluto y no puede utilizarse torticeramente y con fines espurios para suspender el juicio o sorpresivamente (STS. de 11 de julio de 1.997).

Así lo ha acordado y recordado ésta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS.T.S. 1066/1996, de 23 de diciembre; sentencia 1.723/2000, de 10 de noviembre, y Auto de 24 de abril de 2.003) cuando recuerda que la facultad de libre designación implica a su vez la de cambiar de Letrado cuando lo estime oportuno el interesado en defensa de sus intereses, si bien tal derecho no es ilimitado pues está modulado, entre otros supuestos, por la obligación legal del Tribunal a rechazar aquellas solicitudes que entrañen abuso de derecho, o fraude de ley procesal según el *art. 11.2 de la L.O.P.J.* (SS.T.S. de 23 de marzo de 2.000 y 20 de enero de 1.995 , entre otras). De ahí la improcedencia, por ejemplo, "del cambio de Letrado cuando suponga la necesidad de suspender la celebración de la vista y no conste una mínima base razonable que explique los motivos por los que el interesado ha demorado hasta ese momento su decisión de cambio de Letrado" (Auto T.S. de 24 de abril de 2.003).

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1766/2003, de 26 de diciembre , recuerda que "(...) el derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado está reconocido como un derecho fundamental en el *artículo 24.2* de la Constitución e implica la posibilidad del interesado de encomendar el asesoramiento técnico en el proceso a un Letrado que merezca su confianza o, en su defecto, a otro que le sea designado de oficio. Es un derecho que también viene expresamente reconocido en el *artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas* y en el *artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

En nuestro derecho procesal penal, en determinados momentos del proceso, es un derecho de la parte que se convierte al tiempo en un requisito de validez de las actuaciones procesales, pues el legislador ha entendido que, para el correcto desarrollo de las mismas en condiciones adecuadas para una efectiva defensa del acusado, o en general de las partes, es precisa la presencia de un profesional que ostente la dirección jurídica de sus intereses. Así ocurre en el momento del plenario en las causas por delito, en las que la defensa de las partes debe estar necesariamente encomendada a un abogado ...En este sentido, es posible que el interesado cambie el letrado voluntariamente designado cuantas veces lo considere oportuno, siempre que ello no suponga un uso fraudulento del derecho con el consiguiente perjuicio para el proceso, reflejado negativamente en los intereses en juego. En estos casos, el Tribunal debe rechazar la pretensión al amparo del *artículo 11.2 L.O.P.J.* siempre que no se acredite una razón objetivamente atendible".

En el caso presente el propio recurrente admite que mediante diligencia judicial de fecha 15.1.2004, consistente en la declaración judicial del imputado Jose Ignacio , al ser requerido por el Juez Instructor para

designar abogado que se encargase de su defensa, por éste expresa y literalmente se manifestó, atendida su condición de letrado e imputado, ejercitar el derecho de autodefensa reconocido por el *art. 50 del Estatuto de Abogacía* . Asimismo que idéntica manifestación y en igual sentido se hizo por parte de Jose Ignacio con motivo de la diligencia judicial de notificación y emplazamiento practicada el 17.10.2006, donde nuevamente el imputado vuelve a manifestar su intención de ejercitar el derecho de autodefensa reconocido en el *art. 50 Estatuto de Abogacía* , atendida su condición de Letrado en ejercicio; una vez formulados los correspondientes escritos de acusación. De todo ello se deduce que desde el inicio de las diligencias hasta el escrito presentado el 8.1.2008 -el día anterior al comienzo de la vista oral- el acusado ha estado defendido y asistido por abogado en ejercicio: el mismo que asumió su autodefensa.

Siendo así desde su última auto designación, 17.10.2006, hasta el 8.1.2008 tiempo sobrado hubo para que el acusado hubiera interesado la designación de otro letrado que asumiera su defensa con más garantías, por lo que -como recuerda la STS. 278/2005 de 2.3 ,- no está justificado en modo alguno es esperar al mismo día señalado para el juicio para realizar tal nueva designación, cuando ya todo está preparado para su celebración y la única solución para atender a la voluntad del acusado respecto del cambio de letrado habría de llevar consigo inevitablemente la suspensión del acto para un nuevo señalamiento. Otra cosa habría sido si el nuevo abogado hubiera acudido al juicio oral para hacerse cargo de la defensa por estar debidamente preparado para ello. En tal caso probablemente nadie se habría opuesto a la voluntad del acusado y el tribunal habría accedido a dicha sustitución.

El acusado, por su condición de letrado en ejercicio, cuando se auto designó para la asistencia jurídica y defensa como Abogado -como acertadamente precisa la acusación particular en su escrito de impugnación del motivo- "expresamente se acogió a la habilitación que para su propia defensa autoriza el Estatuto de la Abogacía, con los derechos, los deberes, las prerrogativas y las facultades que a éste corresponden. En esa condición ha estado presente en la fase instructora, ha tenido oportunidad de libre intervención en la totalidad de las diligencias practicadas, ha conocido las pericias emitidas y las declaraciones de los testigos, ha tenido conocimiento de los escritos de acusación, ha formulado su escrito de defensa, ha designado procurador que le represente, ha propuesto prueba y, en general, y con rotundidad, se ha visto asistido de todas las garantías que nuestra legislación prevé para el acusado. Y todo ello, además, con la especial circunstancia de que, siendo el acusado letrado en ejercicio, no puede caber duda alguna sobre su pleno conocimiento de la trascendencia de sus actuaciones que, como acusado conoce y, como letrado, libremente realiza en orden, a su propia defensa. Siendo igualmente significativo, e incluso paradójico, que habiendo pretendido cambiar de letrado en el acto de la vista, sea el mismo acusado quien continúa llevando su propia defensa en la formalización del presente recurso de casación.

Consecuente no se aprecia situación alguna de indefensión material, el acusado ha estado en todo momento en situación de poder legítimamente defenderse y su petición de designación de nuevo letrado fue de todo punto extemporánea y efectuada en fraude de Ley y abuso de derecho, sin que, además, se justifique o explique con alguna razón o dato que pudiera dar credibilidad a su alegación.

Los motivos deben, por lo expuesto, ser desestimados.

TERCERO: El motivo tercero por infracción de Ley a tenor de lo establecido en el art. 849.2 LECrim. al haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas tendentes a acreditar y probar el acuerdo alcanzado entre la querellante (Banco Vitalicio de España) y el querellado (Jose Ignacio) en cuanto a la procedencia de la liquidación de cuentas pendientes de saldar como consecuencia de las minutas de honorarios profesionales devengados por la intervención profesional como abogado del querellado, previa petición y requerimiento de la querellante en un número importante de procedimientos judiciales pendientes de pago.

Se argumenta en el motivo que contrariamente a cuanto se recoge en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia recurrida, está acreditado la totalidad del contenido de la declaración judicial del querellado, en orden a la falta de los requisitos necesarios para la concurrencia del tipo penal del *art. 252* ; el acuerdo alcanzado entre el responsable de los Servicios Profesionales Jurídicos del Banco Vitalicio y el querellado, letrado colaborador anterior de dicha aseguradora, relativo a la liquidación pendiente de cuentas y minutas de honorarios pendientes de saldar", y el acuerdo alcanzado en cuanto al traspaso de expedientes por parte del querellado o la nueva letrado colaboradora de aquella entidad, Matilde , y distintas relaciones de "Juras de Cuentas" en distintos procedimientos por parte del imputado y letrado Jose Ignacio formuladas frente a la asegurador Banco Vitalicio en reclamación de honorarios profesionales, cuyo montante total asciende a 97.891,17 euros.

-El testimonio prestado en el acto del juicio oral por la nueva abogada de la aseguradora D^a Matilde :

Documentos los referidos que acreditan, según el recurrente, la inexistencia de apropiación indebida alguna por parte del acusado, las buenas relaciones y colaboración habida entre la querellante y el querellado relativos a la "liquidación de cuentas u honorarios pendientes de saldar" acordado entre ambas partes para proceder seguidamente a una compensación de crédito a favor de una u otra parte.

El motivo debe ser desestimado.

Como decíamos en las SSTS. 416/2007 de 23.5 : "el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el *art. 849.2 LECrim* . se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza que sí hubieran tenido lugar, o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, *art. 849.1 LECrim* . que a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia, salvo que hayan sido corregidos previamente por estimación de algún motivo fundado en el *art. 849.2 LECrim* . o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Ahora bien, la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 y 5.4.99) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por si mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 , es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados " *literosuficientes* " o " *autosuficientes* ", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, como expone la S.T.S. de 14/10/99 , lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por si mismo, es decir, directamente y por su propia y " *literosuficiente* " capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la intermediación en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria intermediación.

En síntesis, como también señala la S.T.S. de 19/04/02 , la finalidad del motivo previsto en el *artículo 849.2 LECrim* . consiste en modificar, suprimir o adicionar el relato histórico mediante la designación de verdaderas pruebas documentales, normalmente de procedencia extrínseca a la causa, que acrediten directamente y sin necesidad de referencia a otros medios probatorios o complejas deducciones el error que se denuncia, que debe afectar a extremos jurídicamente relevantes, siempre que en la causa no existan otros elementos probatorios de signo contradictorio.

Consecuentemente es necesario que el dato contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los elementos de hecho o de derecho que no tiene aptitud para modificarlo (STS. 21.11.96, 11.11.97, 24.7.98).

Igualmente ha de citarse con toda precisión los documentos con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido, y proponerse por el recurrente una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo. Rectificación del "factum" que no es un fin en si mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y,

consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Ahora bien quedan 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 inmediación la percibe (STS. 1006/2000 de 5.6).

Situación ésta predicable en relación a la propia declaración del acusado y el testimonio de la letrada Matilde , y respecto al resto de los documentos cuyo contenido no ha sido ratificado por sus emisores o receptores ni durante la instrucción ni en el juicio oral, o bien se refieren a puntuales expedientes, a una cantidad concreta y determinada y a específicas minutas en esas fechas pendientes de pago, por lo que no acreditan, por sí solos el pretendido error de la Sala en orden al pretendido derecho de retención del acusado de las cantidades objeto de la querrela, contando con la aquiescencia de la querellante.

El recurrente pretende una nueva valoración de dichos documentos conforme a los propios argumentos, ello no significa otra cosa que disentir de la valoración de los hechos que es competencia exclusiva del Tribunal de instancia (STS. 10.4.2003), salvo que aquella valoración haya sido arbitraria, ilógica o irracional, impugnación no encuadrable en la vía del *art. 849.2 LECrim* .

CUARTO: El motivo cuarto por infracción de Ley, a tenor de lo establecido en el art. 849.1 LECrim. en relación a la aplicación indebida de una norma de carácter sustantivo, art. 252 CP , relativo a la apropiación indebida, atendida la liquidación previa de cuentas pendientes.

Hemos de recordar que cuando se articula por la vía del *art. 849.1 LECrim* . el recurso de casación ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, al 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 mas 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.

Con harta reiteración en la practica 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.

Así más que modificándolos radicalmente en su integridad, alteran 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.

Pues bien en los hechos probados se recoge expresamente como entre los años 1991 y 2000, el acusado mantuvo relaciones profesionales en su condición de abogado en ejercicio con la compañía aseguradora Banco Vitalicio de España, en virtud de las cuales, además de encargarse de la defensa de sus intereses en numerosos procedimientos judiciales derivados fundamentalmente de accidentes de circulación, se encargaba también de efectuar pagos, ingresos y consignaciones en las correspondientes cuentas de los diferentes juzgados de la provincia de Toledo, para lo cual Banco Vitalicia le hacia entrega de multitud de cheques, conformados para que procediera a su ingreso en dichas cuentas de consignación.

A continuación se destaca como "tratándose de consignaciones en la cuenta del Juzgado, lo que remitía era un **cheque** a favor de Banco Bilbao Vizcaya Argentaría, entidad adjudicataria en la gestión de

las cuentas de consignaciones de los Juzgados, las cuales el querellado ingresaba en sus propias cuentas corrientes aperturadas en dicha entidad, procediendo después a efectuar el traspaso de fondos desde las mismas a las cuentas de consignaciones de los Juzgados. " Sin embargo en diez ocasiones y por un importe total de 410.804 euros, los cheques fueron ingresados en su propia cuenta pero en ninguno de ellos se realizó traspaso alguno de fondos a las cuentas de los Juzgados correspondientes, haciendo suyas hasta la fecha, el acusado de las expresadas cantidades, las cuales ha incorporado a su patrimonio con animo de ilícito enriquecimiento".

Del anterior relato fáctico la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito de apropiación indebida del art. 252 no puede ser cuestionada.

Por ello cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada.

En el caso presente la incorporación al propio patrimonio de las cantidades recibidas para un destino concreto y determinado integra el tipo delictivo del art. 252 CP .

En este sentido, la jurisprudencia, por ejemplo sentencia 918/2008 de 3.12 ha declarado que el momento consumativo del delito de apropiación indebida tendrá lugar, tratándose de la distracción del dinero por no darle el destino convenido, en la fecha en que debió darse tal destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión de dinero o bienes en provecho del poseedor (SSTS. 448/2000, 1248/2000 de 12.7), precisándose que con la conducta del autor, cuando se trata de dinero o bienes fungibles, se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega. No basta pues la distracción 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 (SSTS. 8.7.98, 11.7.2005).

Como se ha dicho en SSTS. 712/2006 de 3.7 y 219/2007 de 9.3 , "en el delito de apropiación indebida la potencial disponibilidad o posibilidad de disponer, como criterio decisivo para determinar la consumación, hemos de hallarlo en el momento en que el agente hace propio (o tiene posibilidad de hacerlo) lo que tiene obligación de poner a disposición del partícipe".

En nuestro caso, nos hallaríamos ante un delito de apropiación indebida de dinero, cuyo momento comisivo hay que fijarlo en el instante en que el autor no le da el destino pactado, incumpliendo la obligación y reteniendo su posesión, y en los supuestos de posesión clandestina -en el sentido de que nadie tiene conocimiento de ella aparte del agente- el nudo crucial es el llamado por la jurisprudencia "punto sin retorno", hasta cuya llegada el sujeto podría disolver la cosa sin consecuencias penales. Naturalmente habrá de examinarse ponderadamente cada caso para conocer el instante en que se habría producido la consumación del hecho.

Parece claro -dice la STS. 143/2005 de 10.2 - que si la apropiación es descubierta o denunciada (reclamación previa de la cosa, ejercicio de acciones judiciales...) dicho momento se ha cumplido y el agente no quedaría libre de responsabilidad criminal si restituyera la cosa (o el dinero) a partir de tal instante, restitución que en el caso presente ni siquiera se ha producido.

QUINTO: Asimismo debe descartarse cualquier derecho de retención de la empresa querellada sobre las cantidades percibidas. Esta Sala (ver reciente STS. 9.7.2008) se ha pronunciado abundantemente sobre la problemática del delito de apropiación indebida y la incidencia que sobre el mismo tiene la liquidación de cuentas entre las partes, declarando que la trascendencia de tal elemento debe ser valorada en cada caso particular.

En este sentido la jurisprudencia (por ejemplo STS. 228/2006 de 3.3), ha entendido que no puede afirmarse que se haya cometido un delito de apropiación indebida cuando se acredite que entre quienes

aparecen como denunciante y denunciado se han producido relaciones mercantiles o de contenido económico de tal complejidad que sea imposible con los datos disponibles en la causa penal establecer la existencia de una cantidad perteneciente a uno de ellos de la que se haya apropiado el otro. La dificultad en esos casos reside en distinguir si lo que existe es una deuda no satisfecha, o dicho de otro modo, pendiente de pago, o un acto de apropiación ilícita. De manera que, en esos casos, ha de concluirse que, aunque exista formalmente un acto de apropiación, no es posible afirmar el elemento subjetivo consistente en el ánimo apropiatorio de lo ajeno, pues aún se ignora en qué medida lo es. Es precisa entonces una liquidación que determine finalmente a quien corresponde el derecho a recibir una cantidad y a quien la obligación de satisfacerla como consecuencia de aquellas relaciones, y la derivación a la jurisdicción civil para la realización de tales operaciones. A esta línea corresponden las sentencias de esta Sala, entre otras, de 30.5.90, 21.7.2000 y 20.10.2002 , si bien se trata en todas ellas de operaciones sujetas a compensación de créditos y deudas por intereses recíprocos mercantiles entre las partes, derivados de una relación duradera en el tiempo, y de gran confusionismo. Y, además, dicha línea es siempre restringida al ámbito de tales intereses mercantiles recíprocos, pues ordinariamente debe declararse que quien recibiendo dinero ajeno se queda con él, incorporándolo a su patrimonio, sin consentimiento del titular de tales sumas, queda incurso en la penalidad de la apropiación indebida, pues es ilícito (penalmente relevante) desapropiar a otro del dinero que le corresponde, máxime si no existe derecho alguno de retención, como seguidamente veremos.

Es por ello que en el caso de liquidaciones pretendidas por abogados que simplemente se apropiaron del dinero de sus clientes (bien procedentes de provisiones de fondos, indemnizaciones judiciales o pagos de terceros a ellos destinados) esta Sala, STS. 2163/2002 de 27.12 , mantiene una línea uniforme de interpretación que considera improcedente que con pretexto de tal liquidación se intenten retener unas sumas a las que no se tiene derecho por voluntad unilateral del letrado acusado por tal delito. Así, la doctrina de esta Sala en casos similares (STS 28-1-1991) ha declarado que "no cabe aplicar por actos de autoridad propia por un Letrado al pago de los servicios prestados por él -S. de 19 de enero de 1981 - que «por lo que hace a la minuta de honorarios que presentó para compensar con ella las cantidades a que dio distinto destino del que debía, porque dicha minuta, al ser puesta en tela de juicio por su destinataria, no es instrumento hábil para realizar la expresada compensación, ya que por sí misma y por proceder de acto unilateral de quien la libra no justifica la existencia de un crédito real y vencido, que es condición imprescindible para que opere la citada compensación» (S. de 29 de marzo de 1984); pues, en definitiva, sólo la existencia de un derecho de retención con arreglo a las normas civiles puede integrar la causa de justificación del [entonces vigente] *artículo 8.11 del Código Penal* (S. de 2 de febrero de 1989); y tal derecho de retención (necesariamente típico civilmente, al suponer ópticamente una excepción al principio general de la interdicción de la autotutela) no corresponde a los Letrados o Abogados, como rectamente entendió la sentencia ahora sometida a recurso". Improcedencia que repite igualmente acerca de la retención a título de liquidación de honorarios al Sentencia de 29-1-1990 , y últimamente, en la Sentencia de 21-10-2002 .

Esta Sala ha considerado en reiterados precedentes que en casos en que existe apropiación indebida cuando el Letrado, tras realizar o no gestiones correspondientes al asunto aceptado y sin rendir cuentas de las mismas, no devuelve las cantidades percibidas en provisión de fondos. En ese sentido, se ha señalado que cuando se alude a aspectos complejos de las relaciones entre cliente y Abogado debe tenerse siempre en cuenta que, respecto a la cantidad percibida como provisión de fondos, la liquidación y rendición de cuentas corresponde al Letrado que la ha recibido (cfr. STS 709/1996, de 19 octubre).

En definitiva, el delito surge (STS 16-6-1993) "desde el momento en que la obligación de devolver el dinero percibido del Juzgado se quebranta, y bajo el pretexto de la pendencia de extensión de una minuta, que ninguna razón existía para su inactivación, no se lleva a cabo aquella, a pesar de la insistencia constante de los fiadores y del celo del órgano judicial en la práctica de los varios y sucesivos requerimientos a que se ha hecho mención. Cuando tardíamente, y sólo ante la sobrevenida de un procesamiento, el acusado decidió reponer la cantidad adeudada, bien puede colegirse que el mismo había consumado el delito de apropiación indebida, y lo verificado no tiene otra significación que la reposición del monto de la suma distraída, con efectos meramente afectantes a la responsabilidad civil. El procesado quebrantó la lealtad debida ante la confianza en él depositada por sus mandantes. Cual razonada y fundadamente se afirma en la sentencia recurrida, desde la reiterada y pertinaz negativa del acusado, sin causa ni justificación posible, a la devolución de la cantidad por él percibida, en concepto de depósito, y sobre la que *no ostentaba ningún derecho de retención motivadora de su conducta* , a sus clientes, se consumó el delito, porque la incorporación al patrimonio propio de tal cantidad, lo convirtió en propiedad ilegítima, quedando de manifiesto el lucro ilícito y el abuso de la situación de confianza que caracteriza la apropiación indebida". Sentencia que citamos únicamente a título de precedente jurisprudencial, en justificación de la línea que se mantiene por esta Sala Casacional.

Y reiterada en la STS. 147/2006 de 6.2 que, remitiéndose a la STS. 153/2003 de 8.2 , indica "empero el acusado (abogado) no tenía derecho a quedarse con dinero recibido con la finalidad de entrega a otra persona, aunque, ciertamente, tuviera un derecho de crédito, si bien no protegido por un derecho de retención similar a los que están recogidos en los *artículos 1600 y 1780 del Código Civil* a favor respectivamente de quien haya hecho una obra en un bien mueble mientras no se le pague, y del depositario para que se le abone lo que le sea debido en razón del depósito. Por lo tanto, la conducta enjuiciada ha consistido en una apropiación. Y también existió el elemento subjetivo de querer el agente quedarse con lo que sabía no era suyo", y en la STS de 21-10-2002, nº 1749/2002 , que recuerda que "para que se considere lícita la negativa a entregar lo recibido alegando la titularidad de créditos contra aquél a quien se le debe entregar, es preciso que exista un derecho de retención que lo ampare". Y esta Sala ya ha negado en alguna ocasión que tal derecho corresponda a los letrados en relación a sus honorarios, de manera que las cantidades que estos profesionales perciban de terceros para entregar a sus clientes en relación con sus servicios profesionales no pueden ser aplicadas por un acto unilateral de propia autoridad a satisfacer las minutas que consideren que les deben ser abonadas, sino que deben ser entregadas en su integridad a aquellas personas a favor de quienes han sido recibidas, sin perjuicio de la reclamación que corresponda para hacer efectivo el pago de sus honorarios como Letrado.

Doctrina que sería aplicable al caso actual, en el que la Sala de instancia, Fundamento Jurídico segundo rechaza la versión del acusado sobre la procedencia de esa liquidación, que considera ilógica, desde el momento en que resolviéndose la relación profesional entre ambos en el año 2001, ya en el año 1998 el acusado incorporó a su patrimonio cheques por más de cinco millones de pesetas y en 1999 cheques por importe de más de treinta millones, resultaría imposible de creer que años antes de finalizar esa relación profesional se autorizara al querellado a retener unas cantidades millonarias, que no olvidemos tenían una concreta finalidad, ser consignadas en procedimientos judiciales, con los inevitables perjuicios que para la aseguradora se derivarían de la falta de consignación -a la espera de esa hipotética liquidación de una relación profesional en tiempo futuro y por tanto, incierta, máxime cuando -y así se razona en la sentencia- el acusado no ha justificado que es lo que a él se le adeuda y en qué conceptos, no presentando relación alguna ni de procedimientos, minutas pendientes de cobro, etc...; y no concede veracidad alguna a sus manifestaciones de tener a disposición de la querellante el importe íntegro de los cheques que se le viene reclamando, pues de ser ello así **no se entiende porqué razón el acusado no ha hecho entrega definitivamente de esos fondos que reconoce que están en su poder y que, al menos tras la interposición de la querrela, no puede tener ya ninguna duda acerca de que el supuesto pacto o compromiso que él dice haber alcanzado con algún directivo del Banco Vitalicio, de no reclamarse ninguna de las partes nada a la otra hasta la liquidación de cuentas, no ha sido finalmente asumido o aceptado por la dirección de la compañía. Lo mínimo que cabría esperar de ser cierta su disposición a la restitución, sería una consignación judicial de todo lo percibido, en espera de la pretendida liquidación.**

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

SEXO: El motivo quinto por infracción de Ley, art. 849.1 LECrim. en relación con la inaplicación del art. 144 Ley 19/85 de 16.7 Cambiaría y del cheque ("el librado no podrá pagar el cheque con cruzado general más que a un Banco o a un cliente de aquél... El librado o el Banco que no observe las disposiciones anteriores responde de los perjuicios causados hasta una suma igual al importe del cheque".

Argumenta el motivo que tratándose de cantidades entregadas al recurrente como letrado de la aseguradora querellante para proceder a su consignación judicial, en virtud de cheques conformados y cruzados para abonar en cuenta librados por el Banco Santander Central Hispano (BSCH) a favor del Banco Bilbao Vizcaya Argentaría (BBVA) y expedidos por la entidad aseguradora querellante (Banco Vitalicio de España).

Siendo así para que tales cheques hayan podido ingresarse en la cuenta del recurrente o bien debe producirse un endoso del título -lo cual no ha sucedido en ningún caso- o bien dichos cheques se ingresaron en la cuenta del imputado de forma indebida por parte del Banco beneficiario de los títulos.

De manera tal que siendo éste último el caso concreto en que nos encontramos, de conformidad y por aplicación del referido art. 144 Ley Cambiaría y del **Cheque**, de darse algún ilícito penal, nos encontraríamos ante el tipo penal del art. 254 CP . relativo al cobro de lo indebido por error del transmitente.

El tipo penal del art. 254 del Código Penal recoge una figura delictiva que por su naturaleza se ha considerado incardinable en la apropiación indebida al reunir el requisito más característico de este tipo

penal: "cerrar la mano" tras haber recibido la cosa; si bien se trata aquí de cosa entregada "sin querer".

Se recoge así una modalidad de apropiación de dinero u otra cosa mueble entregada por error del transmitente que negare haberlo recibido o advertido el error no proceda a su devolución.

Con anterioridad a la promulgación del tipo penal, la conducta descrita fue considerada atípica, no sin antes algún pronunciamiento jurisprudencial declarara su punición en la apropiación, en la estafa o en el hurto, pues el dinero había sido recibido sin título que legitimara la posesión o en virtud de una artimaña típica de la estafa. Tampoco se tomaba lo ajeno, pues estaba a disposición de quien lo tomaba. El tipo del *art. 254* resuelve la anterior laguna con la tipificación expresa de la conducta.

La figura penal guarda estrecha relación con el cuasicontrato de los *arts. 1895 y siguientes del Código civil*, siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasicontrato y de la figura penal. Este radica en la voluntad de apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva.

Como delito patrimonial, la consumación del delito se produce en el momento de la incorporación al patrimonio, pero como el tipo penal admite la posibilidad de que el ingreso pueda ser inadvertido por el titular de la cuenta, en el supuesto de ingresos erróneos en cuenta corriente, la consumación se **produce cuando se niega a devolverlo o cuando, advertido del error existente no procede a su devolución.** (STS. 1416/2004 de 2.12). La STS. 2159/2002 de 28.12, aplica este precepto a quien habiendo recibido en su cuenta bancaria indebidamente un abono y comprobado el error, no lo devuelve, sino que dispone inmediatamente de él, antes de que el transmitente pueda hacer la retrocesión.

Situación que no es la contemplada en autos. El relato fáctico -cuyo escrupuloso respeto exige la vía casacional del *art. 849.1 LECrim*., nada dice sobre ese supuesto error del transmitente, que el recurrente asocia a la actuación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) al ingresar en la cuenta del acusado en dicha entidad bancaria, los cheques nominativos a favor de la entidad para su ingreso en las cuentas de consignaciones de los juzgados, lo que implicaría que el librado pagó por error y la aplicación del *art. 144 Ley Cambiaria* y del *art. 254 CP*, pero olvida que el "librado" no es el BBVA sino el Banco Santander Central Hispano (BSCH), entidad en la que el "librador" (Banco Vitalicio de España) tenía la cuenta contra la que se libraron los cheques, cuyo beneficiario o destinatario en el BBVA, entidad en la que el acusado tenía también cuentas abiertas.

Siendo así no hubo ninguna anómala actuación en el librado BSCH que pagó los cheques "a un Banco o cliente de aquél", ni el acusado recibió por error el importe de los cheques, sino que tal como se recoge en los hechos probados el acusado "... se encargaba también de efectuar pagos, ingresos y consignaciones en las correspondientes cuentas de los diferentes Juzgados de esta provincia de Toledo, para lo cual Banco Vitalicio le hizo entrega de multitud de cheques conformados para que procediera a su ingreso en dichas cuentas de consignación...", añadiendo además que: " en diez ocasiones..., los cheques fueron ingresados en su propia cuenta pero en ninguno de ellos se realizó traspaso alguno de fondos a las cuentas de los juzgados correspondientes, haciendo suyas hasta la fecha el acusado las expresadas cantidades, 410.804 euros, las cuales ha incorporado a su patrimonio con ánimo de ilícito enriquecimiento". Conducta la descrita, tal como se ha razonado en el motivo precedente, subsumible en el *art. 252 CP*.

RECURSO INTERPUESTO POR BANCO VITALICIO DE ESPAÑA

SEPTIMO: El motivo único al amparo del *art. 849.1 LECrim* . por haberse infringido por inaplicación el *art. 120.3 CP* . por cuanto debió declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria por darse las circunstancias de hecho y derecho previstas en dicho precepto, pretensión que la Sala de instancia entiende que no es necesario siquiera entrar a analizar ante la propia negligencia de la actuación de la querellante al no comprobar que los importes de los cheques no habían sido ingresados en las cuentas de consignaciones sino en las particulares del querellado. Pronunciamiento éste incorrecto por cuanto, en primer lugar debió analizar si concurren los presupuestos de aplicación del *art. 120.3 CP*, en caso afirmativo si la actuación de la querellante puede considerarse falta de diligencia, y finalmente sus posibles efectos en orden a la responsabilidad civil, y posible aplicación del *art. 114 CP*.

Respecto a la primera cuestión en el *art. 120 CP* . se recogen los supuestos generales de responsabilidad civil subsidiaria concebida en defecto de la responsabilidad civil directa inherente a la criminal del acusado, es decir, se trata de una responsabilidad civil de "segundo grado", solo efectiva ante el fracaso en la exigencia de responsabilidad al genuinamente obligado.

La responsabilidad civil subsidiaria solicitada lo es al amparo del *art. 120.3 CP* ., precepto éste -no dice la STS. 229/2007 de 22.3 -, mucho más amplio que los *artículos 21 y 22 del Código Penal de 1973* , y que, para lo que aquí se resuelve, distingue entre el número cuarto que es la clásica concepción de dicha responsabilidad civil subsidiaria por los delitos cometidos por los empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus funciones o servicios, a cargo de sus - principales- (personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio), y que se fundamenta en la «culpa in vigilando», «culpa in eligendo», o la «culpa in operando», que había sido interpretada por esta Sala Casacional con gran amplitud y generalidad, al punto de llegar a una cuasi-objetivación basada en la teoría del riesgo, o bien del aprovechamiento de su actividad («*cuius commoda eius incommoda*»), y la responsabilidad civil subsidiaria que surge ahora del citado *apartado tercero del art. 120 del Código Penal* , que dispone: « *las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción* ».

Los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta haya ocurrido en un determinado lugar, un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad, esto es, el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que tal persona o empresa o alguno de sus dependientes, haya realizado alguna "infracción de los reglamentos de policía o alguna disposición de la autoridad", debiendo entenderse estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros; d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados. No es necesario precisar qué persona física fue la infractora de aquél deber legal o reglamento. Basta con determinar que existió la infracción y que ésta se puede imputar al titular de la empresa o cualquiera de sus dependientes, aunque por las circunstancias del hecho o por dificultades de prueba, no sea posible su concreción individual; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cuya comisión acarrea la responsabilidad civil examinada, es decir, que, de alguna manera, tal infracción penal haya sido propiciada por la mencionada infracción reglamentaria (SSTS. 1140/2005 de 3.10, 1546/2005 de 29.12, 204/2006 de 24.2, 229/2997 de 22.3).

Estas personas, naturales o jurídicas, han de ser conscientes del deber de velar por la observancia de las prescripciones reglamentarias o de consagrado uso que regulan las actividades que tienen lugar en el seno de los establecimientos o empresas de su pertenencia o titularidad. La omisión o desentendimiento, aparte de guardar relación con el lamentable suceso, tienen que ser de probada significación en la suscitación del "hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción". Relación causal que no de alcanzar necesariamente un grado de exclusividad, bastando llegar a una conclusión de propiación y razonabilidad en la originación del daño.

La responsabilidad civil subsidiaria a que atiende el *art. 120.3 CP* . parte necesariamente del reconocimiento judicial de haberse perpetrado un delito o falta generador de un daño, ya sea a título de dolo o de culpa. La sentencia penal incorporará un dictado de condena indemnizatoria a cargo del acusado, primer y directo responsable civil (*art. 116 CP* .). Comprobados cuantos requisitos condicionan la responsabilidad antedicha, subseguirá el pronunciamiento declarativo de la misma, condenando a la persona natural o jurídica considerada como titular del establecimiento en cuya sede tuvo lugar el hecho criminal. Condena cuya efectividad se halla subordinada a la insolvencia del autor material. Los responsables civiles subsidiarios son tales "en defecto de los que lo sean criminalmente". La expresión "personas naturales o jurídicas" es eminentemente amplia y abarcadora: cualquier entidad pública o privada habrá de tener cabida en ella.

El *art. 120 CP* . proclama una responsabilidad civil del tipo de la subsidiaria en contra de las personas naturales o jurídicas a que hace referencia, titulares de una actividad empañada en su dinámica por las infracciones a que se alude, sobre el presupuesto de que el hecho punible cometido "no se hubiera producido sin dicha infracción". Más debemos reparar que el binomio infracción- daño no se puede construir con semejante nitidez. La doctrina entiende que la infracción de los reglamentos ha de tener una relación simplemente adecuada, de manera que el resultado se vea propiciado por ella. Sobre la base de la infracción causal primera del responsable subsidiario, se incrusta o interfiere una intervención delictiva dolosa o imprudente de un tercero -autor material del hecho-. Con acierto se apunta que esta relación de ocasionalidad necesaria entre infracción y hecho punible no equivale, al menos en todo caso, a relación de causalidad entre infracción y daño, no hay que olvidar que en el supuesto contemplado por el *art. 120.3* , el

proceso causal que media entre ambos elementos se ve interferido por un factor de singular trascendencia, como es la comisión de un hecho delictivo por parte de un tercero, es decir, un sujeto distinto del propio titular y ajeno, por hipótesis, al círculo de personas de cuya actuación ha de responder aquél. En todo caso ha de constatarse una conexión causal -más o menos directa- entre la actuación del titular o de sus dependientes y el resultado dañoso cuyo resarcimiento se postula. Ante la inexistencia o insuficiencia de las medidas de prevención adoptadas entre ellas, básicamente el despliegue de los deberes de vigilancia y de control exigibles, podrán acordarse las resoluciones oportunas para llegar a la efectivación de la responsabilidad civil subsidiaria. Aquella inhibición o descuido genera un riesgo que es base y sustento de la responsabilidad.

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones y por lo demás continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la "culpa in eligendo" y en la "culpa in vigilando", como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil. No nos movemos, pues, en este ámbito en puro derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta, aunque acumulada, al proceso penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas, de modo que como precisa la STS. 1192/2006 de 28.11, las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal, por lo que es evidente que en la interpretación y aplicación de las correspondientes normas jurídicas está permitida la aplicación del principio de analogía (v. *art. 4.1 C.C.*), que, lógicamente, está vedado cuando de normas penales se trata (v. *art. 4.2 C.C.*).

De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal estrictamente, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales.

Siendo así, de una parte, la infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiéndose por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad -en sentido de jerarquía- y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones (STS. 9.2.2004); y de otra, la expresión legal, referida a la infracción de reglamento, no puede entenderse en sentido tan estricto que excluya aquella vulneración o desentendimiento de una norma de rango legal.

OCTAVO: En el caso sometido a nuestra revisión casacional nos encontramos con 10 cheques librados por la querellante a favor del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, esto es nominativos, para su ingreso en la cuenta de consignaciones de los Juzgados en dicha entidad bancaria, siendo el querellado el mero tenedor, detentador o poseedor material, sin derecho alguno sobre los fondos que representaban sus respectivos importes, derecho que correspondería al beneficiario de los cheques. No obstante lo cual los cheques nominativos a favor de BBVA fueron ingresados en la cuenta corriente particular del querellado en dicha entidad.

Siendo así la infracción denunciada en el motivo cometida por los "dependientes" o "empleados" de la entidad bancaria, debe entenderse cometida.

En efecto el *art. 111 de ley 19/85 de 16 julio, Cambiaría* y del **cheque** señala las distintas modalidades de libramiento del **cheque**, según quien sea la persona beneficiaria del mismo, y así distingue que el **cheque** puede ser librado para que se pague:

- a) a persona determinada con o sin cláusula "a la orden";
- b) a una persona determinada con la cláusula "no a la orden" u otra equivalente.
- c) al portador.

En el caso que nos ocupa en el factum se detalla como "*tratándose de consignaciones en la cuenta del Juzgado, lo que remitía era un **cheque** a favor de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, entidad adjudicataria de la gestión de las cuentas de consignaciones de los juzgados*", se trata por tanto de cheques nominativos, es decir a favor de una persona determinada, en este caso la entidad bancaria BBVA.

Por tanto si el **cheque** está expedido a favor de una persona determinada solo a ésta, y no a otra,

deberá hacerse el pago. En este sentido la doctrina señala que el **cheque** nominativo se subsume dentro de los llamados títulos directos, estando, por consiguiente, legitimado para la percepción de su importe solamente el tenedor del mismo que al mismo tiempo sea la persona designada en el **cheque**.

Siendo así si los empleados o dependientes del BBVA ingresaron estos cheques nominativos no en la cuenta consignaciones sino en la particular del querellado, lo que hicieron fue sustituir el beneficiario que el librador había señalado en el documento (BBVA) por otra persona distinta (el querellado) con infracción de lo preceptuado en el *art. 120 Ley Cambiaria* y del **cheque** que, al regular la forma en que pueden ser transmitidos los cheques, dispone:

*" El **cheque** al portador se transmite mediante su entrega o tradición.*

*El **cheque** extendido a favor de una persona determinada, con o sin la cláusula "a la orden", es transmisible por medio de endoso".*

Por tanto si los cheques que nos ocupan a favor de persona determinada extendidos, han sido transmitidos como si se tratara de títulos al portador, pues sin mediar endoso han sido ingresados en cuenta corriente de persona distinta de su beneficiario, la infracción reglamentaria que exige el *art. 120.3 CP*, se ha cometido, en concreto *arts. 111 y 120 Ley Cambiaria* y del **cheque**, y que tal infracción reglamentaria está relacionada con el delito cuya comisión acarrea la responsabilidad, no puede ser cuestionado, al ser evidente que de no haberse ingresado los cheques nominativos en la cuenta corriente particular del querellado, el delito de apropiación no podría haberse cometido.

NOVENO: En base a lo razonado, el recurso interpuesto por la acusación particular debe ser estimado y declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, sin que la respuesta dada por la sentencia recurrida en el Fundamento Jurídico quinto para desestimar dicha pretensión pueda ser asumida.

Entiende la Sala que ingresados los cheques en una determinada cuenta, la querellante Banco Vitalicio tenía que obtener seguidamente información de tales ingresos y en la cuenta en que se habían efectuado, pudiendo realizar periódicamente sin más que atender a su correspondencia, la comprobación de que los importes de los cheques no habían ido a parar a las cuentas de consignación de los diferentes juzgados, sino a las particulares del acusado, y sin embargo durante años no hizo nada para impedirlo y continuó con la misma práctica. En definitiva, la querellante pretende exigir a BBVA un celo que ella misma no ha puesto en una elemental labor de control del destino final de los fondos que entregaba al acusado, control que era perfectamente posible e incluso exigible en la actividad de un ordenado comerciante.

Argumentación que no resulta atendible.

Banco Vitalicio, librador de los cheques puede observar en su correspondencia y contabilidad si los cheques librados contra la cuenta del Banco Santander Central Hispano han sido o no cargados en dicha cuenta, pero en tal correspondencia no figura nunca el beneficiario final del **cheque**, esto es, la cuenta corriente concreta en la que se ha ingresado y su titular.

Cierto es que -como se señala en el recurso- que cualquier librador puede dirigirse a su banco librado para solicitar concreta información sobre el destino de algún **cheque** en particular, pero exigir esa conducta a quien, como es el caso de una entidad aseguradora libra múltiples cheques al año como parte esencial de su actividad comercial, no es una actuación exigible a "un ordenado comerciante" ni se compadece con los usos y prácticas mercantiles, más aun en su caso como el actual en el que la sentencia declara probado que entre los años 1991 y 2000 el querellado mantuvo relaciones profesionales en su condición de abogado en ejercicio con la compañía aseguradora querellante, en virtud de las cuales además de encargarse de la defensa de sus intereses en numerosos procedimientos, la aseguradora Banco Vitalicio le hizo entrega de multitud de cheques conformados para que procediera al ingreso en las cuentas de consignación, añadiéndose en la fundamentación jurídico (FJ. 2º, Párr. 7) que ya en 1998 incorpora a su patrimonio cheques por más de cinco millones de pesetas, y (FJ. 4º, Párr. 3º) que "Banco Vitalicio hizo entrega de los cheques al abogado por la confianza que el mismo inspiraba derivada de su relación profesional y de su cualidad de letrado, entrega que evidentemente no habría realizado a una persona cualquiera".

Esto es, si la relación profesional se inició en el año 1991 y hasta 1998 no se produjo la primera apropiación los procedimientos fueron "numerosos" y "multitud" los cheques librados y entregados al acusado, si la relación profesional estaba presidida por la "confianza" que derivaba de su condición de letrado, hasta tal punto que expresamente se reconoce que tales cheques no habrían sido entregados a persona cualquiera, no puede calificarse de falta de celo y negligencia la actuación de la querellante.

No siendo ocioso destacar, como también se señala en el recurso, que Banco Vitalicio no tenía conocimiento ni podía razonablemente tenerlo de que los cheques no habían tenido el fin previsto hasta que en procedimientos judiciales que deberían estar finalizados por consignación se empiezan a recibir ordenes de embargo de cuentas, siendo la razón obvia por cuanto cualquier notificación judicial se realiza al Procurador y éste se la traslada al letrado -en este caso el propio querellado, quien se cuidó mucho de hacer saber a su cliente, la querellante, que las cantidades que figuraban en los cheques, entregados para su consignación, se las había apropiado.

Consecuentemente la mínima falta de diligencia que pudiera imputarse a la entidad aseguradora querellante carece de trascendencia alguna frente a la actuación delictiva del querellado y la infractora actuación de los empleados de BBVA con el que, no olvidamos, Banco Vitalicio no tenía relación directa alguna.

DECIMO: Desestimando el recurso interpuesto por el condenado Jose Ignacio , se le imponen las costas causadas en su tramitación, y estimándose el interpuesto por la Acusación Particular Banco Vitalicio de España, se declaran de oficio las costas del mismo (*art. 901 LECrim .*).

III. FALLO

Que debemos **declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **Jose Ignacio** , contra sentencia de 17 de enero de 2008, dictada por la Audiencia Provincial de Toledo, Sección Primera, en causa seguida contra el mismo por delito de apropiación indebida, y condenamos a dicho recurrente al pago de las costas causadas en la tramitación de su recurso.

Y debemos **declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación**, interpuesto por **BANCO VITALICIO DE ESPAÑA CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS** contra dicha resolución, y en su virtud **CASAMOS Y ANULAMOS** referida sentencia dictando a continuación nueva sentencia más acorde a derecho.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez **D. Diego Ramos Gancedo**

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Julio de dos mil nueve

En la causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Toledo, y fallada posteriormente por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo; y que fue seguida por delitos de apropiación indebida, deslealtad profesional y estafa, contra **Jose Ignacio** , con DNI. núm. NUM000 , nacido el 29 de junio de 1963, hijo de Jesús y Julia, natural de la Prueba de Almoradiel (Toledo), casado, abogado, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa; la Sala Segunda del Tribuna Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, hace constar los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluidos los hechos probados.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Tal como se ha razonado en los Fundamentos de Derecho octavo y noveno de la sentencia precedente procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria, *ex art. 129.3 CP* . del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria.

III. FALLO

Que **manteniendo el resto de los pronunciamientos** de la sentencia dictada por la Sección Primera

Audiencia Provincial de Toledo de 17 de enero de 2.008 , **debemos declarar y declaramos la responsabilidad civil subsidiaria del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria** en defecto de Jose Ignacio , en relación a la indemnización de 410.824 Euros a favor de Banco Vitalicio de España.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar D. Jose Manuel Maza Martin D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre D. Manuel Marchena Gomez **D. Diego Ramos Gancedo**

PUBLICACIÓN .- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del *Tribunal Supremo* , de lo que como Secretario certifico.