



Roj: **STS 365/2023 - ECLI:ES:TS:2023:365**

Id Cendoj: **28079120012023100074**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/02/2023**

Nº de Recurso: **889/2021**

Nº de Resolución: **69/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 69/2023

Fecha de sentencia: 08/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 889/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCION N. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 889/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 69/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 8 de febrero de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación con el nº 889/2021 interpuesto por **Juan** representado por el procurador Sr. D. Pablo Coito Fontseré y bajo la dirección letrada del Colegiado nº 4182 contra la Sentencia de 15 de septiembre de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que condenó al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida. Ha sido parte recurrida D.ª Melisa representada por el procurador Sr. D. Pedro Ledo Crespo y bajo la dirección letrada de D. Alejandro Jiménez Grande. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 9 de Santa Cruz de Tenerife instruyó PA 101/2019, contra Juan . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Sexta) que con fecha 15 de septiembre de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"ÚNICO - El 26 de marzo de 2014, Pelayo y Melisa (ambos de nacionalidad británica) otorgaron un poder especial (conferido en escritura pública de fecha 26.03.2014, núm. de protocolo 14/086, autorizada por el Notario de 60 Grange Road, Chessington, Surrey KT9 1EY, Inglaterra -Reino Unido-, Joanne Lynne Orbell,) al acusado, Juan , abogado inscrito en el Colegio Oficial de Santa Cruz de Tenerife, con número NUM000 , y con D.N.I. NUM001 , sin antecedentes penales, para que éste como abogado pudiera realizar especialmente:

1. la venta del bungalow número NUM002 del Club DIRECCION000 , sito en Adeje, Arona (propiedad de los poderdantes)

En dicho poder se le autorizaba, además, la posibilidad de efectuar:

2.- La dación en pago de la propiedad registral NUM003 , bungalow núm. NUM004 del club DIRECCION000 , en pago de la hipoteca de dicho bien, disponiendo que con dicha entrega se produciría el pago total de la deuda, sin que se pudiera requerir cantidad adicional de dinero alguna.

El 5.06.2014 el acusado vendió el bungalow (número NUM002 del Club DIRECCION000 , sito en Adeje de Arona), al matrimonio Cosme y Juliana , por la cantidad de 180.000 euros, otorgándose escritura pública de compraventa, en Arona, Santa Cruz de Tenerife, autorizada por el Notario del Ilustre Colegio de las Islas Canarias, Nicolás Castilla García, nº de protocolo 2235, documento público en el que se consignó el siguiente modo para el pago del precio de la compraventa:

-20.000 euros en metálico abonados el 20.03.2014 (fecha en las que no se encontraban en la isla de Tenerife los vendedores).

Sobre este importe de 20.000 euros, el acusado manifestó a requerimiento del notario que no podía aportar los documentos justificativos del medio declarado, por haber sido abonado en moneda de curso legal.

-53.480,51 euros abonados en el acto mediante cheque bancario a nombre de Barclays Bank, S.A. para el pago de la cantidad pendiente del préstamo, que gravaba esta vivienda, cancelada la hipoteca en el mismo día de la compraventa, en escritura previa a la de adquisición del dominio, en unidad de acto.

-la cantidad de 83.037,95 euros que fue abonada en cheque nominativo a favor del abogado de la parte vendedora (acusado).

-6.081,54 euros, cantidad que fue retenida para el pago del impuesto de bienes municipales y las tasas municipales de basura pendientes.

-12.000 euros, como provisión de fondos para el pago de los gastos que generase la escritura de cancelación de la hipoteca que gravaba la finca; el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana que se generase por la transmisión y el certificado de eficiencia energética.

Acordando las partes que, con estas cantidades retenidas, la parte compradora abonaría, hasta donde alcanzasen los citados gastos y entregaría la diferencia a la vendedora. Diferencia que fue abonada al acusado, por los compradores, sin que éste transfiriese cantidad alguna a los vendedores.

Y se retuvo el importe de 5.400 euros para su ingreso en el tesoro público para el pago a cuenta del IRPF de no residentes correspondiente al vendedor.

Los remanentes de la liquidación por impuestos municipales pendientes y tasas de basura (6081,54 euros), al haberse abonado 4.358,91 euros, generaron un saldo a favor de los vendedores de 1.722,63 euros.



Mientras que el pago realizado por el concepto de plusvalía supuso el importe de 6.374,47 euros y 650 euros por los gastos de cancelación escritura de hipoteca, lo que hace un total de 7.024,47 euros, resultando un saldo a favor de los denunciados de 4.975,53.

Convenido el modo de pago descrito y una vez hechos los pagos relativos a la hipoteca que gravaba la vivienda, impuestos municipales y tasas de basura pendientes, gastos de escrituras, cancelación de hipotecas, plusvalías etc. y devueltas las cantidades sobrantes de los importes retenidos por la compradora al acusado, éste con ánimo de obtener un beneficio patrimonial ilícito, únicamente reintegró a los vendedores la cantidad de 45.149,77 euros, incorporando a su patrimonio la cantidad de 64.586,34 euros.

Por la condición profesional del acusado de abogado, los vendedores le otorgaron su representación, cuya actuación ha ocasionado un evidente y manifiesto perjuicio a sus clientes (los vendedores).

Tras diversos intentos amistosos de los vendedores para obtener la devolución por parte de su letrado de las cantidades retenidas y no abonadas por el acusado, éste se opuso a dichas pretensiones, apropiándose con ánimo de lucro de las cantidades percibidas.

Los hechos narrados fueron denunciados por Melisa el 20.05.2015".

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

<<FALLAMOS: Debemos condenar y condenamos a Juan, cuyas circunstancias personales ya constan, como autor responsable de un delito de apropiación indebida de los artículos 250 y 252.5º del CP, vigente en el momento de la comisión de los hechos, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

E igualmente, condenamos al acusado, por el delito de deslealtad profesional del artículo 467.2 CP, a la pena de multa de seis meses con una cuota diaria de seis euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión de abogacía, durante dos años.

Y en concepto de responsabilidad civil, condenamos al acusado a indemnizar a Pelayo y Melisa, la cantidad de 64.586,34 euros, más los correspondientes intereses legales y al pago de las costas procesales causadas en esta instancia.>>.

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el condenado, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Juan.

Motivo primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 849.2 LECrim, por error en la valoración de la prueba y por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). **Motivo segundo.-** Al amparo de lo establecido en el art. 850.2 LECrim, por haberse omitido la citación de la acusación ejercitada por Melisa. **Motivo tercero.-** Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim, por infracción de los arts. 250.1. 5º y 252 CP. **Motivo cuarto.-** Al amparo de lo establecido en el art. 849.1 LECrim, por infracción por aplicación indebida del art. 467.2 CP.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; la representación legal de Melisa igualmente los impugnó. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 24 de enero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación analizado viene integrado por cuatro motivos. Los reordenamos para atenernos a la hoja de ruta legal (arts. 901 bis a) y 901 bis b) LECrim). Las previsiones normativas invitan a estudiar prioritariamente los motivos por quebrantamiento de forma. Uno de los cuatro motivos tiene esa naturaleza: el segundo, anclado en el art. 850.2º LECrim.

Protesta el condenado por la incomparecencia en el juicio de la parte acusadora.

Confunde el recurrente dos planos.



Por una parte, la citación de las partes materiales. Ha de efectuarse a través de sus representaciones procesales. Así se hizo aquí: la querellante estaba personada en la causa mediante procurador y asistida de la correspondiente dirección, técnica. Compareció en el juicio como tal parte acusadora en esa forma. No es necesaria ni una citación personal, ni una comparecencia física. No se da, en consecuencia, la situación contemplada en el art. 850.2º LECrim que, por otra parte, no podría denunciar el recurrente, parte pasiva del proceso, por no estar legitimado para defender derechos ajenos.

Cuestión diferente es si la querellante a su vez hubiese sido propuesta como testigo. Eso hubiese obligado, de ser admitida tal prueba, a citarla para comparecer personalmente para declarar en esa calidad. En caso de no hacerse así, la parte que la propuso podría solicitar la suspensión y, si fuese denegada, recurrir acudiendo al art. 850.1º LECrim.

No fue propuesta como testigo. El recurrente no está habilitado para quejarse por la omisión de una citación personal, innecesaria; y, menos, por su inasistencia. Compareció en forma (a través de su abogado). Lo que no hizo fue asistir físicamente: ninguna obligación tenía. Si a la defensa interesaba su declaración debía haberla propuesto como testigo, lo que no hizo (folios 284 a 286).

Diferente es la valoración que pueda extraerse de la falta de información derivada de la omisión de su declaración. Pero, como veremos, no era necesaria para conformar la actividad probatoria de cargo que ha llevado a la Sala a la convicción sobre la culpabilidad del recurrente y, por ende, a la condena.

La querellante está constituida en parte. Ha reclamado en nombre propio. Eso no se ve ensombrecido por el hecho de que no haya asistido personalmente al juicio. Lo mismo que el acusado vendió en su nombre en virtud del apoderamiento recibido, su dirección letrada ha reclamado en el proceso en virtud de los poderes procesales otorgados.

Nada anómalo hay en ello.

SEGUNDO.- Los motivos primero y tercero pueden ser examinados conjuntamente. El tercero se limita a extraer las consecuencias jurídicas de una eventual estimación, total o parcial, del primero. Y éste, aunque bajo una leyenda confusa (error en la apreciación de la prueba y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva), combate la valoración probatoria tildándola de arbitraria. El discurso impugnativo desplegado nada tiene que ver con la causal del art. 849.2º LECrim invocada; sí, más bien, con un alegato por presunción de inocencia.

Efectúa el recurrente una enmienda a la totalidad de la valoración probatoria pero limitándose a oponer a las consideraciones de la Sala de instancia las propias.

El acusado acepta la mayor parte de los hechos: doble encargo, pactos, operaciones, retenciones para gastos, abonos. Hay, sin embargo, unos concretos puntos de discrepancia.

De un lado, subraya que la querellante -excónyuge del testigo: actuaron ambos como vendedores en la operación encomendada al acusado-, ignoraba lo relativo a una de las operaciones (dación en pago de uno de los inmuebles incurso en un proceso de ejecución hipotecaria). Pero eso no difumina la base fáctica de la apropiación indebida que determina la condena; si acaso lo hace en un aspecto menor no decisivo. Que la querellante desconociese esa operación paralela (lo que parece que fue admitido por el testigo), solo alimenta una duda sobre una concreta cantidad; pero no enturbia lo sostenido en la sentencia como soporte de la condena: el acusado percibió un precio por la venta realizada en nombre de los propietarios, y, retuvo no solo la cantidad acordada como pago de su gestión, sino un importe superior en cuantía que la Sala fija en 64.586,34 euros.

El recurrente pretende hacer ver que es un problema de discrepancias en la liquidación final. Esas desavenencias debieran resolverse, en un procedimiento civil. No le ha bastado el largo tiempo transcurrido para saldar esas cuentas que, aún en su versión de los hechos, arroja un claro saldo a favor de sus clientes.

En efecto, según los cálculos que él ofrece (motivo tercero), adeudaría a los vendedores 40.238,17 euros del total del precio (180.000 euros), de los cuales vendría autorizado a retener 21.200 euros como retribución de honorarios por sus gestiones (elemento -los honorarios; no su concreta cuantía- que puede admitirse como razonable aunque el testigo vendedor rechaza que se fijase una cifra).

La divergencia con el monto fijado por la Sala se refiere a dos partidas que el acusado computa y que la Sala excluye por no considerarlas creíbles ni/o legítimas:

a) Un pago por importe de 15.000 euros a Melisa como comisión por la dación en pago del segundo apartamento. La Sala no lo computa: las discrepancias en las sucesivas declaraciones del acusado combinadas con la desmemoria de la citada Melisa le hace dudar de la realidad de ese pago precisamente por ese concepto; siendo así, además, que, según el poder otorgado, el acusado no estaba autorizado a desviar



parte del precio obtenido por la venta del otro inmueble a otros destinos, aunque fuese en interés de los poderdantes.

b) Diez mil euros que habría retenido la inmobiliaria que actuaba por cuenta de la parte compradora restándolos de los veinte mil que el acusado aceptó, en documento autorizado con su firma, haber recibido. Ese dato solo afloró en el acto del juicio oral, careciendo del más mínimo respaldo documental. Eso permite a la Sala razonable y legítimamente considerarlo inveraz.

Pues bien, aún aceptando en todos sus puntos el planteamiento del acusado, aparece una cantidad distraída en beneficio propio y no reintegrada a sus titulares, comportamiento incardinable en el art. 252 CP.

TERCERO.- Hemos de admitir, no obstante, aunque sea por vía de hipótesis no descartable de forma concluyente, y que, por tanto, ha de tomarse en consideración en virtud del derecho a la presunción de inocencia, dos concretas precisiones o modulaciones con clara repercusión penal y posible repercusión civil:

a) Es tesis no solo lógica sino también aceptada por uno de los vendedores y no negada por la otra, que las gestiones del acusado merecían un pago. Por tanto, la cantidad total objeto de apropiación vendrá dada por menguar del importe total de la venta, con los gastos abonados (hipoteca, escritura...), lo reintegrado al vendedor, más los honorarios. El acusado ha hablado de 21.200 euros aportando una factura. Es posible. No es seguro.

b) Tampoco puede descartarse de forma radical, y no lo hace de manera definitiva la Audiencia, que quince mil euros se invirtiesen en un abono efectuado en beneficio de los vendedores (la dación en pago de la otra finca), lo que nos situaría en un escenario (nos movemos con la legislación anterior a 2015) en que no cabe hablar de apropiación en sentido estricto.

Esas dos variables propician entender que, siendo patente que existió un comportamiento apropiativo, no es seguro que superase los cincuenta mil euros, cifra, que, desde la reforma penal de 2010, abre las puertas al subtipo agravado del art. 250.1.5 CP. Eso obliga a la estimación parcial de estos motivos reconduciendo la condena al art. 249 en relación con el anterior art. 252, ajustando la penalidad a esa nueva tipicidad, y dejando para ejecución de sentencia la cuantificación de las responsabilidades civiles en el monto todavía no totalmente acreditado.

CUARTO.- El motivo cuarto impugna la condena por el delito de deslealtad profesional. Señala, con argumentación que acogeremos, que tal infracción se ha vinculado a la cualidad profesional del sujeto activo, cuando ha de enlazar con la naturaleza de la actividad en cuyo marco se produce la deslealtad. No basta con ser abogado. Ni siquiera con haber sido contratado en razón de esa condición profesional. Esa idea sirve al recurso para ilustrar sobre el uso en el idioma británico de la locución *power of attorney*, genérica expresión que identificaría cualquier tipo de apoderamiento y no el específico realizado a un letrado.

Los argumentos del recurrente guardan sintonía con la doctrina jurisprudencial.

El delito de deslealtad profesional se encuentra ubicado dentro de los *delitos contra la Administración de Justicia*. Exige, por tanto, una referencia a una actividad procesal, aunque no necesariamente requiere un proceso en marcha. No es la cualidad de abogado la que determina la tipicidad, sino singularmente que la deslealtad se produzca en referencia a la tutela judicial, derecho de rango constitucional que también indirectamente un abogado como actor procesal, puede lesionar.

Se explaya recientemente en esta idea la STS 973/2022, de 19 de diciembre. Diez años antes ya apuntaba inequívocamente en esa dirección interpretativa la STS 680/2012, de 17 de septiembre:

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

En el Código Penal de 1973 las figuras paralelas a estos delitos (arts. 465 a 467) se consideraban modalidades especiales de "prevaricación". Algunos justificaban esa caracterización argumentando que pese a carecer de la condición de funcionarios públicos la actividad profesional de la abogacía se sitúa en un terreno de prestación de una potestad pública de primer orden como es la actividad jurisdiccional. Eso explicaría que la infracción



de ese deber profesional tenga un tratamiento penal explícito, a diferencia de otras profesiones liberales. Si los delitos contenidos en ese Título protegían sobre todo la función pública, esas tipicidades se justificarían precisamente por la contribución de esas profesiones al correcto desenvolvimiento de una de las funciones públicas, la jurisdiccional, sobre la que pueden incidir y en la que desempeñan un papel de primer orden.

En una línea confluyente y bajo la vigencia del anterior Código Penal se identificaba como objeto de tutela de estos delitos el bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración de Justicia" como objeto de tutela de estos delitos, a semejanza de la prevaricación judicial (SSTS. 9 de octubre de 1972 y 29 de diciembre de 1973), frente a quienes situaban en una posición prevalente los intereses de los propios clientes.

Acogiendo relevantes propuestas doctrinales el legislador de 1995 ha llevado estas figuras al Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia, del que, seguramente por su aparición tardía en nuestro proceso de codificación penal, habían quedado excluidos otros, desperdigados por diversos lugares del Código (prevaricación judicial, presentación en juicio de documentos falsos, infidelidad en la custodia de presos...) que ahora han sido reconducidos a esa sede. No se trata de una simple mejora sistemática. El cambio supone ahondar en el fundamento del castigo en línea con lo apuntado y, por tanto, sirve de guía para acotar con acierto las fronteras de lo punible. El delito afecta a la Administración de Justicia. No supone simplemente vulneración de deberes contractuales entre las partes; ni es una forma de subrayar penalmente la importancia social de unas profesiones. La afectación al funcionamiento de la actividad jurisdiccional es indirecta pero cierta por cuanto que la deslealtad profesional de abogado y procurador menoscabarán o incluso anularán el derecho a la tutela judicial efectiva. El bien jurídico protegido no es puramente individual (intereses de los particulares ya protegidos por otros sectores del ordenamiento penal que tutelan patrimonio, honor, intimidad); ni lo es la función social de la Abogacía o la confianza institucional de que debe gozar. Subrayando la vinculación con el bien jurídico "correcto funcionamiento de la Administración de Justicia" se encuentra respuesta adecuada a la desigual reacción penal frente al quebrantamiento de las relaciones contractuales entre abogado-cliente y las que ofrece el Código (o con los tipos genéricos o a través de otros sectores del ordenamiento) frente a otras relaciones profesionales (gestores administrativos, notarios, arquitectos, sanitarios, asesores financieros, o incluso asesoramiento jurídico realizado desde la Cátedra v.gr). No se contempla prioritariamente el interés de la parte a una correcta asistencia técnica, lo que solo lejanamente podría afectar a la Administración de Justicia. Si fuese así no se entendería ese asimétrico tratamiento frente a otras profesiones. Ni, por supuesto, se está edificando la tipicidad sobre cualquier actividad profesional, cuando quien la realiza ostenta la condición de abogado en ejercicio.

Esto no ha de llevar necesaria e inevitablemente a marginar del tipo penal las conductas de asesoramiento preprocesal, o extraprocésal. Pero sí a buscar alguna suerte de vinculación con ese bien tutelado que también se encuentra en supuestos de perjuicios causados por un Abogado o Procurador al cliente al margen de su estricta actuación procesal pero conectados con ella de forma indirecta (STS de 1 de abril de 1970 que admitió la tipicidad por actuaciones no procesales, lo que viene a corroborar la STS 709/1996, de 19 de octubre, aunque exigiendo en todo caso que se trate de actividades propias de abogados).

Será necesario, en consecuencia, un encargo profesional, es decir que se le "encomienden unos intereses" - en la dicción del art. 467.2-, precisamente en su calidad de abogado es decir como licenciado en derecho que "ejerce profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos o el asesoramiento y consejo jurídico" (art. 6 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía). Han de identificarse intereses encomendados justamente en atención a su condición de profesional de la abogacía (STS 964/2008, de 23 de diciembre).

Unos extractos de la antes citada STS 973/2022 refuerzan ese discurso:

"Es cierto que lo que haya de entenderse por *ejercicio de la Abogacía* puede ser interpretado con la flexibilidad que impone la diferencia entre actuaciones judiciales y extrajudiciales. A esa sustancial diferencia se refiere el art. 4.1 del Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Decreto 135/2021, 2 de marzo (BOE núm. 71, 24 de marzo 2021). En él se dispone que "...son profesionales de la Abogacía quienes, estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de la Abogacía en calidad de ejercientes y se dedican de forma profesional al asesoramiento jurídico, a la solución de disputas y a la defensa de derechos e intereses ajenos, tanto públicos como privados, en la vía extrajudicial, judicial o arbitral".

Puede también tomar como punto de referencia la distinción sistemática, de indudable relieve estatutario, entre Abogados ejercientes y no ejercientes.

Así lo ha entendido la Audiencia Provincial al confirmar la sentencia dictada en la instancia. En efecto, en un encomiable esfuerzo argumental y de motivación, el Juez de lo Penal ha razonado en el FJ 6º la identidad, a efectos de tipicidad penal, entre el Abogado ejerciente y el no ejerciente. Para llegar a esta conclusión se



ha valido de una interpretación gramatical o literal del precepto, así como a una interpretación sistemática: "... desde una perspectiva gramatical o literal el lenguaje cotidiano permite también designar abogado al jurista y al que realiza actividades extrajudiciales de apoyo jurídico. Igualmente, el Diccionario de la Academia maneja el significado amplio, tanto en la primera acepción: "Licenciado en derecho que ofrece profesionalmente asesoramiento jurídico y que ejerce la defensa de las partes en los procesos judiciales o en los procedimientos administrativos" como más aun en la segunda, referida a su origen etimológico: "intercesor o mediador", llegando incluso a recoger la expresión coloquial abogado de secano referida al "jurista que no ejerce". Además, los propios Colegios de Abogados prevén en España para los licenciados en Derecho que se colegian tanto la categoría del abogado ejerciente como la del "abogado no ejerciente", que no tiene despacho profesional ni lleva asuntos ante los tribunales y sin embargo es "abogado". Desde una perspectiva sistemática, aunque los arts. 463-466 se refieren a los abogados que actúan en procesos judiciales, precisamente el art. 467 se refiere al abogado que desempeña funciones no procesales. En el 467.1, junto a haber tomado la defensa o representación, se prevé que el abogado haya sólo "asesorado" a una persona, pero incluso al hablar de "defender o representar" se dice "en el mismo asunto", que no necesariamente es un proceso, sino que puede ser defensa en sentido amplio o representación en asuntos extrajudiciales, como procedimientos administrativos o negociaciones colectivas o individuales; podría pensarse que la deslealtad con el cliente es mayor si se ha asumido una defensa judicial, pero realmente la deslealtad profesional como jurista con su cliente puede ser igualmente grave si se defienden o apoyan jurídicamente intereses contrarios en el mismo asunto aprovechándose el profesional del Derecho de la información especialísima de que dispone por su asesoramiento profesional a la otra parte. Y en el art. 467.2 basta con que el abogado perjudique manifiestamente de cualquier forma los intereses que le fueren encomendados, que nuevamente pueden ser intereses en procesos judiciales o en cualquier tipo de asuntos fuera de los tribunales. Eso sí, hay que partir de que ambos apartados se están ocupando de una deslealtad como jurista que asesora o apoya profesionalmente al cliente por un encargo contractual ("intereses que le fueren encomendados" en el ap. 2, asesorado o tomado la defensa o representación en el mismo asunto en el ap. 1), no por un mero favor ocasional y esporádico, en cuyo caso no habría previos deberes de lealtad profesional.

Por lo que, en definitiva, el colegiado no ejerciente sí tiene aptitud para ser sujeto activo del delito de deslealtad profesional del artículo 467.2 del Código Penal".

(...) **3.2.3.-** A juicio de la Sala, la corrección del juicio de tipicidad que ha llevado a la condena del recurrente no puede hacerse depender, de forma exclusiva, de una interpretación gramatical o sistemática. La determinación del concepto de Abogado a efectos penales, esto es, como sujeto de la acción prevista en el tipo descrito en el art. 467.2 del CP, ha de obtenerse a partir de una premisa analítica. Y es que estamos en presencia, como en tantas otras ocasiones sucede en la definición de los tipos penales, de un concepto normativo cuyo alcance no puede determinarse prescindiendo de lo que nuestro ordenamiento jurídico entiende por *Abogado*. El recurso a la interpretación gramatical o sistemática -de tanta utilidad como pauta hermenéutica interdisciplinar proclamada en el art. 3.1 del Código Civil- no puede imponerse de forma decisiva en aquellos casos en los que el precepto incorpora elementos normativos cuya concreción la proporciona de modo inequívoco un texto jurídico que define lo que el ordenamiento jurídico entiende como "Abogado".

Pues bien, en el art. 4.1 del Estatuto General de la Abogacía que hemos transcrito *supra*, bajo el epígrafe "Los profesionales de la Abogacía" se puntualiza que han de considerarse como tales a aquellos que "...estando en posesión del título oficial que habilita para el ejercicio de esta profesión, se encuentran incorporados a un Colegio de la Abogacía en calidad de ejercientes y se dedican de forma profesional al asesoramiento jurídico, a la solución de disputas y a la defensa de derechos e intereses ajenos, tanto públicos como privados, en la vía extrajudicial, judicial o arbitral".

Como puede apreciarse, la incorporación al Colegio en calidad de ejerciente constituye un presupuesto *sine qua non* para que el licenciado en derecho pueda reivindicar la condición de *profesional de la Abogacía* que le adjudica su norma reguladora. Por si hubiera alguna duda, el apartado 2 del mismo precepto añade que "...corresponde en exclusiva la denominación de abogada y abogado a quienes se encuentren incorporados a un Colegio de la Abogacía como ejercientes".

Refuerza esta idea el art. 8 del mismo Estatuto que, al referirse a los colegiados no ejercientes, ni siquiera emplea el vocablo "*Abogado*". Su carácter se regula al abordar los requisitos de la adquisición y pérdida de la condición de *colegiado*. En efecto, conforme a ese precepto se dispone que "las personas que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 34/2006, de 30 de octubre, para acceder a un Colegio de la Abogacía podrán colegiarse en la categoría de colegiados no ejercientes". Repárese en el indudable valor interpretativo de la palabra "persona" para aludir al colegiado -no al *Abogado*-no ejerciente.

El inseparable enlace entre la condición de Abogado y el ejercicio profesional de la Abogacía vuelve a hacer acto de presencia en el art. 7.1 del Estatuto: "el título oficial que habilite para el ejercicio de la profesión de la Abogacía



y la incorporación al Colegio del domicilio profesional, único o principal, serán requisitos imprescindibles para el ejercicio de la Abogacía".

No es fácil extraer conclusiones propias del ámbito administrativo después de una reforma tan profunda como la que ha experimentado el previgente Estatuto General de la Abogacía, sustituido por el nuevo texto del año 2021. Pero todo apunta a que la categoría administrativa del *Abogado no ejerciente* ha perdido sustantividad. En efecto, el art. 9.3 del Estatuto de 2001 reconocía la condición de "Abogado sin ejercicio" a "...quienes cesen en el ejercicio de dicha profesión después de haber ejercido al menos veinte años". Pero bajo la vigencia del Estatuto de 2021, el epigrama "no ejerciente" ya no puede asociarse a la condición de Abogado. El "Abogado no ejerciente" se convierte en "colegiado no ejerciente". Dicho con otras palabras, el licenciado en derecho que cumpla los requisitos reglamentariamente exigidos y se incorpore a la corporación togada como ejerciente, podrá reivindicar la condición de *Abogado*. Si opta por la colegiación como no ejerciente, no podrá ser reputado como Abogado. Se tratará de un *colegiado no ejerciente*, mas no un *Abogado no ejerciente* con capacidad para ensanchar los límites de la frontera típica del art. 467.2 del CP. Estas consideraciones conducen de forma inexorable a negar que cuando este precepto castiga como autor de un delito de deslealtad al Abogado que perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados, pueda incluirse al colegiado no ejerciente entre los sujetos activos de este delito.

(...) **3.3.-** A las razones ya expuestas se suman otras que, como hemos ya anticipado, conectan su fundamento con la consideración de la norma penal como instrumento de *ultima ratio*. Desde este punto de vista, no es suficiente con detectar que la actividad en la que se sitúa el origen del perjuicio haya sido ejecutada por un profesional de la Abogacía.

En efecto, una interpretación que conduzca a criminalizar todo acto de deslealtad profesional -esa es la referencia que proporciona el enunciado del capítulo VII del título XX del libro II del CP- conduce a la desmesura en la interpretación del art. 467.2 del CP. La idea de que la deslealtad en el ejercicio de la Abogacía puede implicar, sin más, la exigencia de responsabilidad penal no se concilia con la necesidad de reservar un espacio aplicativo al régimen sancionador previsto en el Estatuto General de la Abogacía por Decreto 135/2021, 2 de marzo, en sus arts. 124 a 126.

Es indudable, claro es, que el tratamiento penal de la deslealtad del Abogado, por su proximidad al valor constitucional "*justicia*" que proclama el art. 1 de la CE, está más que justificado, a diferencia del régimen jurídico que es propio de otros incumplimientos profesionales. La vigencia de los principios y derechos constitucionales que acoge el art. 24 de la CE no puede entenderse sin la relevante función que nuestro sistema procesal reserva al Abogado. El art. 542 de la LOPJ hace de éste un cooperador de la administración de justicia. Con mayor proximidad a la riqueza funcional del ejercicio de la Abogacía, el art. 1 del Estatuto de 2021 recuerda que mediante su actividad profesional "...se asegura la efectividad del derecho fundamental de defensa y asistencia letrada y se constituye en garantía de los derechos y libertades de las personas".

La respuesta penal a los perjuicios causados a los intereses que le han sido encomendados impone, por consiguiente, algunas restricciones. De lo contrario, correremos el riesgo de ensanchar de forma artificial los límites que separan la deslealtad dolosa frente a aquella otra que se origina por una conducta imprudente, a la que se refiere el segundo párrafo del art. 467.2 del CP.

Una segunda restricción en el momento de definir los contornos típicos de la responsabilidad penal del Abogado vendría determinada por la naturaleza de la encomienda en cuyo ámbito se ha generado el incumplimiento que es fuente del perjuicio ocasionado. Existen precedentes jurisprudenciales de esta Sala que han considerado incluíbles en el tipo penal funciones de asesoramiento preprocesal o extrapprocesal. Con claridad lo expresa nuestra STS 1135/2009, 20 de noviembre, en la que se señala entre los requisitos precisos para la concurrencia del delito previsto en el art. 467.2 del CP "...una relación profesional del Abogado con el perjudicado derivada de la encomienda de intereses, sin que sea preciso que ello ocurra en el marco de la defensa en un procedimiento judicial". En la misma línea se expresan las SSTs 680/2012, 17 de septiembre y 709/1996, 19 de octubre, entre otras).

Es cierto y son perfectamente imaginables supuestos en los que el perjuicio puede ser ajeno a una actividad intrapprocesal propiamente dicha. Pero para que la deslealtad que origina ese perjuicio alcance significado penal será indispensable una visible proximidad al proceso jurisdiccional, de suerte que la actuación profesional del Abogado, aun cuando no se haya desarrollado *en el proceso* lo sea *para el proceso*. Es la proximidad a ese espacio de jurisdiccionalidad en el que los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías -cuya defensa instrumental ostenta el profesional de la Abogacía- se manifiestan en su plenitud.

Esta forma de definir el ámbito del injusto comprendido en el art. 467.2 del CP hace entendible, por ejemplo, que los perjuicios derivados de la tardía y extemporánea redacción de una demanda o las consecuencias



procesales asociadas a la prescripción originada por el indolente paso del tiempo que impide el acceso a la jurisdicción o la ejecución de lo resuelto, puedan tener, como regla general, pleno encaje en aquel precepto".

QUINTO.- Aquí, son intereses inmobiliarios los que se confían al acusado, sin referencia alguna al ejercicio específico de la abogacía concebida en la forma expuesta. La tarea encomendada desarrollada por el acusado nada tiene que ver con las funciones genuinas de la abogacía. La condición de abogado no añade penalmente nada a las obligaciones que pudiera tener cualquier otra persona dedicada a la actividad inmobiliaria. Una actividad extra-jurídica y al margen de lo que es asesoramiento jurídico no puede convertirse en delictiva por la condición de abogado de quien la desenvuelve. Eso supondría traicionar el sentido del art. 467.2 CP. Se debe disociar la actividad de un abogado en el desempeño de esa profesión de otras actuaciones también profesionales pero no definitorias de la "abogacía"; es decir, no encuadradas en el ámbito competencial específico propio de esa profesión. Sin llegar al extremo propuesto por algunos comentaristas de excluir del radio de acción del tipo asesoramientos legales en el ámbito mercantil o laboral, o de consejo jurídico, pues son propias de la función estatutaria del Abogado, sí han de expulsarse aquellas que no guardan relación con las funciones que se anudan a la condición de abogado.

Eso sucede en el caso ahora contemplado. El recurrente no estaba actuando como abogado en sentido genuino, aunque tuviese esa condición y sus conocimientos jurídicos pudieran serle de utilidad.

El motivo es estimable.

SEXTO.- La estimación del recurso lleva a declarar de oficio las costas causadas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **Juan** contra la Sentencia de 15 de septiembre de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, que condenó al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida; por estimación de los motivos segundo y tercero de su recurso y en su virtud casamos y anulamos dicha sentencia dictada por la audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

2.- Declarar las costas de este recurso de oficio.

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

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García

RECURSO CASACION núm.: 889/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Javier Hernández García



En Madrid, a 8 de febrero de 2023.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de lo Penal número 9 de Santa Cruz de Tenerife, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Sexta), y que fue seguida por un delito de apropiación indebida contra Juan en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes de Hecho y los Hechos Probados de la Sentencia de instancia añadiendo: **a)** que existía un pacto para abonar honorarios al acusado por sus gestiones, sin que conste de forma fehaciente su importe; aunque, en todo caso habían de ser muy inferiores al importe recibido y no reintegrado a los vendedores; y **b)** que no puede descartarse de forma concluyente la existencia de un pago a un tercero por una operación en beneficio de uno de los poderdantes, con cargo a esos fondos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos, como se deriva de lo argumentado en la sentencia de casación, al no quedar probada una apropiación por valor superior a cincuenta mil euros, han de quedar incardinados en los arts. 252 y 249 CP. Resulta pena adecuada teniendo en cuenta el largo tiempo transcurrido, de una parte; y, de otra, que el monto supera en mucho los cuatrocientos euros, un año de prisión. Tal tipo penal no lleva anudada multa.

Las indemnizaciones deberán cuantificarse definitivamente en ejecución al no poder precisarse de forma fehaciente ni los honorarios pactados, ni la eventualidad de un pago hecho por cuenta de los vendedores en razón de otra gestión,

SEGUNDO.- Los hechos que se dan como probados no son constitutivos del delito de deslealtad profesional definido en el art. 467.2 del Código Penal por las razones que se desarrollan en la anterior sentencia, lo que debe llevar a la absolución.

FALLO

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

1.- Que sustituyendo la referencia al art. 250, por el art. 249 debemos ratificar la condena por el delito de estafa, estableciendo como pena la de **UN AÑO DE PRISIÓN** con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

2.- Que debemos **ABSOLVER y ABSOLVEMOS** a Juan del delito de deslealtad profesional de que venía siendo acusado en este procedimiento, con declaración de oficio de la mitad de las costas causadas en la instancia.

3.- En ejecución de sentencia habrá de cuantificarse la indemnización de acuerdo con los medios probatorios que se aporten relativos a los honorarios pactados en favor del acusado y según se acredite o no el pago y su concepto de quince mil euros a Melisa, sin que pueda ser el importe inferior a 28.386,34 € ni superior al fijado en la sentencia.

4.- Ratificamos en lo demás los restantes pronunciamientos de la Sala Sentenciadora.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Ángel Luis Hurtado Adrián Javier Hernández García