

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ066427

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 973/2022, de 19 de diciembre de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2092/2021

**SUMARIO:****Delito de deslealtad profesional. Concepto de Abogados. Ejercientes.**

Anulado la sentencia que condenó a un abogado jubilado a indemnizar con 30.000 euros a un cliente por delito de deslealtad profesional por haber dejado pasar los plazos para recurrir la inadmisión de una demanda de responsabilidad patrimonial.

Se analiza la naturaleza del delito de deslealtad profesional y la jurisprudencia de la Sala para precisar quién ostenta la condición de Abogado. El artículo 4.1 del Estatuto General de la Abogacía establece que tiene la condición de abogado el colegiado ejerciente, lo que 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".

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.

En el caso analizado, el tribunal descarta la existencia de un engaño antecedente encaminado a la obtención de un lucro y por tanto concluye que la vía para la reparación de los daños causados debe ser la Civil (incumplimiento contractual del art. 1544 del código Civil) o la exigencia de responsabilidad disciplinaria como colegiado no ejerciente del art. 140 del Estatuto General de la Abogacía.

**PRECEPTOS:**

RD 135/2021 (Estatuto General de la Abogacía), arts. 4, 8 y 140.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 467.2.

Código civil, art. 1.544.

**PONENTE:***Don Manuel Marchena Gomez.*

Magistrados:

Don MANUEL MARCHENA GOMEZ  
Don MIGUEL COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA  
Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA  
Don CARMEN LAMELA DIAZ  
Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 973/2022

Fecha de sentencia: 19/12/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2092/2021

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Valencia, Sección 4ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2092/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 973/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 2092/2021, interpuesto por la representación procesal del acusado D. Enrique , contra la sentencia dictada el 2 de marzo de 2021 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, en el Rollo de Sala nº 108/2021, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 5 de marzo de 2020 dictada en el procedimiento abreviado nº 29/2019 dimanante del Juzgado de lo Penal nº 19 de Valencia, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito de deslealtad profesional, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por la procuradora Dª. Mercedes Albi Murcia; y defendido por el letrado D. Vicente Rodríguez Gelise; y como partes recurridas la responsable civil Allianz Clá. de Seguros y Reaseguros, representada por el procurador D. Javier Hernández Berrocal bajo la dirección letrada de D. Héctor Fernández Baselga; y la acusación particular ejercida por D. Felipe, representado por le procuradora Dª María Esther Bonet Peiro, bajo la dirección letrada de D. Emilio Vicente García Baly; interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

El Juzgado de instrucción nº 13 de Valencia, tramitó procedimiento abreviado núm.1978/2017 por delito de deslealtad profesional, contra D. Enrique; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 19 de Valencia,

(proc. abreviado nº 29/2019) y dictó Sentencia en fecha 5 de marzo de 2020 que contiene los siguientes hechos probados: "En fecha no concretada a finales del año 2008 Felipe contactó con el despacho de Abogados "Luis Barberá Zapatero y Asociados SL" ubicado en dicha fecha en la Avenida Reino de Valencia n.º 14-4ª de Valencia, a fin de contratar sus servicios profesionales para la presentación de una reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Conselleria de Sanidad de la Generalidad Valenciana por deficiente actuación derivada de la atención sanitaria prestada a Felipe.

Felipe se reunió con el letrado colegiado Enrique a quien expuso el motivo de su consulta, comprometiéndose el acusado Enrique a la remisión de un presupuesto de los honorarios por la prestación de los servicios solicitados.

El referido presupuesto de honorarios profesionales fue remitido a Felipe por carta fechada el 14 de enero de 2009 ascendiendo el importe del mismo por la dirección letrada y asistencia técnica a la cantidad de 2.900 €. En cuanto a la forma de pago se establecía que el cliente, en el momento de su aceptación, debía abonar al despacho "Luis Barberá Zapatero y Asociados SL" la suma de 1.200 € a cuenta de los honorarios profesionales y que el resto se liquidaría a la notificación de la sentencia en primera instancia que resolviera la demanda, siempre que la misma resultara estimatoria de las pretensiones interesadas por el cliente.

Ante su conformidad con el presupuesto, Felipe se desplazó nuevamente al despacho de abogados referido haciendo entrega al acusado Enrique de la cantidad de 1.200 €, extendiéndose por dicho acusado el recibo correspondiente en el que se hacía constar que el importe recibido lo era en concepto de provisión de fondos para interponer las acciones pertinentes para la reclamación de responsabilidad civil por daños y perjuicios.

De acuerdo con las conversaciones mantenidas por Felipe con el acusado Enrique la reclamación incluía también la vía judicial.

En virtud de escritura pública otorgada en Valencia el día 8 de septiembre de 2010 siguiendo las indicaciones de Enrique, Felipe otorgó poderes para pleitos a favor de cuatro letrados, entre ellos Enrique y Samuel.

En fecha 27 de abril de 2011 se presentó la reclamación de responsabilidad patrimonial en Conselleria por Samuel, "en nombre y representación de D. Felipe (...) representación acreditada en los poderes notariales que se adjuntan y con domicilio a efectos de notificaciones en c/ DIRECCION000 NUM000 Pta NUM001 CP 46004 Valencia", solicitándose una indemnización para Felipe por importe total de 208.711,20 €. Tramitándose dicha reclamación como Expediente de Responsabilidad Patrimonial n.º NUM002.

En dicho Expediente n.º NUM002 recayó resolución desestimatoria en fecha 27 de enero de 2016.

Resolución que fue notificada en el domicilio designado en la solicitud en fecha 3 de febrero de 2016 y a nombre de Samuel (la persona que constaba en el encabezamiento de la reclamación), firmando el acuse de recibo Graciela. Como en dicha fecha el destinatario de la resolución - Samuel- ya no se encontraba físicamente en el domicilio designado, Graciela contactó telefónicamente con él para comunicarle la recepción de una notificación a su nombre. Una vez conocida la resolución notificada, Samuel acudió al lugar y se reunió con Enrique, a quien le entregó la resolución recaída en el expediente a fin de que Enrique decidiera cómo proceder tras su dictado.

Como seguía sin tener noticias del estado de tramitación de la reclamación en su día interpuesta, Felipe contactó en julio del año 2017 con Samuel, reuniéndose con él en su despacho sito en la calle Juan de Austria n.º 38-7, momento en el que Samuel informó que la reclamación había sido desestimada y que no había nada que hacer porque la resolución estaba muy bien fundamentada, manifestando dicho acusado ante la petición de explicaciones respecto a la falta de notificación de dicho extremo que Enrique había decidido que se archivara sin más trámite el expediente.

Como sea que a Felipe siempre se le había puesto de manifiesto que si la reclamación no era estimada irían a juicio, quiso conocer el contenido de la resolución, solicitando la documentación ante la Conselleria y comprobando en ese momento que la resolución desestimatoria había recaído el día 27 de enero de 2016 con la consiguiente imposibilidad de hacer uso de los recursos pertinentes: el potestativo de reposición en el plazo de 1 mes, y el recurso contencioso- administrativo en el plazo de 2 meses a contar desde el día siguiente al de la notificación de la resolución, notificación que fue practicada el día 3 de febrero de 2016.

La querella fue interpuesta por Felipe el día 7 de noviembre de 2017 dirigida únicamente contra el acusado Samuel, solicitándose más tarde la imputación del también acusado Enrique.

Enrique se incorporó en la Sección Primera del ICAV, que comprende a los Letrados que ejercen la profesión, el 26 de marzo de 1975 con el número de colegiado NUM003 y que en su expediente colegial constan las siguientes situaciones:

-Desde el 26 de marzo de 1975 hasta el 8 de febrero de 2005 colegiado ejerciente.

-Desde el 9 de febrero de 2005 hasta la fecha de emisión del presente certificado colegiado no ejerciente.

A la fecha de la presentación de la querella la póliza de seguros de responsabilidad civil concertada por el Colegio de Abogados de Valencia estaba suscrita con la compañía de seguros Allianz, Seguros y Reaseguros SA (póliza n.º NUM004).

La póliza de seguros suscrita por el Colegio de Abogados vigente en la fecha en que el querellante se vio privado de la posibilidad de recurrir la resolución desestimatoria estaba suscrita con la compañía Mapfre (póliza de responsabilidad civil profesional n.º NUM005).

No ha quedado acreditado que mediara relación profesional alguna entre Felipe y Samuel para la llevanza de la reclamación de responsabilidad patrimonial antes reseñada." (sic)

### **Segundo.**

En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "1º) Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a Enrique como autor de UN DELITO DE DESLEALTAD PROFESIONAL del artículo 467.2 del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de MULTA DE QUINCE MESES CON CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas e INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA LA PROFESIÓN DE ABOGADO POR TIEMPO DE UN AÑO; así como al pago de la mitad de las costas procesales causadas, incluida la mitad de las costas de la Acusación Particular, y a que en concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL (con RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA de ALLIANZ COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A.) indemnice a Felipe en la suma total de TREINTA MIL EUROS (30.000,00 €) por todos los daños y perjuicios padecidos, incluidos los daños morales; cantidad que devengará los intereses del artículo 576 de la LEC.

2º) Que DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Samuel del delito de deslealtad profesional del que era acusado en el presente procedimiento, declarando de oficio la mitad de las costas causadas (incluida la mitad de las costas de la Acusación Particular).

3º) Que DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a MAPFRE S.A. de los pedimentos efectuados contra ella en concepto de responsabilidad civil.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación dentro de los diez días siguientes al de su notificación, conforme a lo dispuesto en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal." (sic)

### **Tercero.**

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado y dos más, dictándose sentencia núm. 121/2021 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia en fecha 2 de marzo de 2021, en el rollo de apelación núm. 108/2021, cuyo Fallo es el siguiente: " PRIMERO: DESESTIMAR LOS RECURSOS DE APELACIÓN interpuestos por el Procurador Dª María Esther Bonet Peiró, en nombre y representación de Felipe, asistido del letrado Dº Emilio Vicente García Blay, el procurador Dº José Joaquín Pastor Abad, en nombre y representación de Enrique, asistido del letrado Dº Vicente Ramón Rodríguez Gelise, el procurador Dº Javier Hernández Berrocal, en nombre y representación de ALLIANZ, asistido del letrado Dº Héctor Rafael Fernández Baselga, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número diecinueve de Valencia, en fecha 5 de marzo del 2020 en Procedimiento Abreviado 29/2019.

SEGUNDO: CONFIRMAR la Sentencia aludida en todas sus partes.

Sin imposición de las costas procesales causadas a las partes apelantes.

Notifíquese la presente sentencia al recurrente, Ministerio Fiscal y partes personadas, poniendo en conocimiento que contra esta sentencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, pudiendo en tal caso prepararse ante este mismo Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes a la última notificación." (sic)

### **Cuarto.**

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D. Enrique que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

### **Quinto.**

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

### **Primero.**

Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por aplicación indebida del art. 467.2 CP.

**Segundo.**

Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la LECrim. por indebida inaplicación del art. 131 CP.

**Tercero.**

Por error en la apreciación de la prueba al amparo del art. 849.2 LECrim.

**Cuarto.**

Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851.1º de la LECrim.

**Sexto.**

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 27 de mayo de 2021, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; y por escrito fechado el 26 de mayo de 2021, la representación de Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros se adhirió al recurso de casación presentado; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Por providencia de esta Sala de fecha 9 de septiembre de 2022 se señaló el presente recurso para deliberación y fallo el día 23 de noviembre de 2022, y seguidamente por auto de fecha 15 de diciembre de 2022, la Sala dictó Auto de prórroga para dictar sentencia.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

1.- El Juzgado de lo Penal núm. 19 de Valencia dictó la sentencia núm. 84/2020, 5 de marzo, recaída en el procedimiento abreviado núm. 29/2019. En ella se condenaba al acusado Enrique como autor de un delito de deslealtad profesional del artículo 467.2 del CP, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de 15 meses con cuota diaria de 6 euros, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas e inhabilitación especial para la profesión de abogado por tiempo de 1 año. También le condenó a que en concepto de responsabilidad civil -con responsabilidad civil directa de Allianz Compañía de Seguros y Reaseguros S.A- indemnice a Felipe en la suma total de 30.000,00 € por todos los daños y perjuicios padecidos, incluidos los daños morales; cantidad que devengará los intereses del artículo 576 de la LEC.

Esta resolución fue confirmada por la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia con el núm. 121/2021, 2 de marzo, que desestimó íntegramente los recursos de apelación entablados.

Se interpone ahora recurso de casación por la representación legal del acusado Enrique, al que se adhiere la representación legal de la Compañía de Seguros y Reaseguros Allianz.

2.- La defensa del acusado formaliza cuatro motivos de casación. La Sala ya anticipa que los motivos tercero -error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del art. 849.2 de la LECrim- y cuarto -quebrantamiento de forma, con cita del art. 851.1 de la LECrim- no pueden ser atendidos.

Se opone a ello el régimen jurídico de la casación penal definido, a raíz de la reforma operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, por el art. 847.2.b) de la LECrim, que sólo admite la viabilidad del recurso de casación "...por infracción del ley del motivo previsto en el número 1 del art. 849 contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales".

Esta objeción, puesta de manifiesto por el Fiscal del Tribunal Supremo en su dictamen de impugnación, es coherente con la jurisprudencia de esta Sala que ha fijado en reiterados precedentes el ámbito y la justificación de esa reforma.

Y es que, a raíz de la reforma citada, la jurisprudencia ha mantenido una interpretación restrictiva de la vía que habilita el art. 847 de la LECrim, cuando permite el recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, limitando su viabilidad al cauce que ofrece el art. 849.1 de la LECrim.

Se excluye, por tanto, la posibilidad de invocar vulneración de precepto constitucional, de suerte que la impugnación sólo adquiere sentido "...cuando el objeto del recurso gira en torno a la discusión acerca del acierto en el juicio de subsunción" ( SSTS 547/2022, 2 de junio, 137/2018, 22 de marzo; 255/2020, de 28 de mayo y 519/2019, 29 de octubre, entre otras muchas). En este sentido se pronuncian también el ATS 21 de junio de 2018 (recaído en el recurso de queja núm. 20190/2018) y el ATS 29 de junio de 2018 (recurso de queja 20468/2018), en los que se señala que "...una cosa es que se admita, siguiendo los dictados del acuerdo plenario, la invocación de normas constitucionales para reforzar el alegato de infracción de norma sustantiva, y otra bien distinta es que se permita el anuncio de motivos autónomos por vulneración de derechos fundamentales en los que se prescinde del relato de hechos probados para combatir directamente la valoración probatoria".

Esta interpretación restrictiva, acorde con la significado histórico del recurso de casación y, sobre todo, con la generalizada extensión del recurso de apelación a raíz de la reforma de 2015, fue respaldada por el Tribunal Constitucional, que en su ATC 40/2018, de 13 de abril, inadmitió el recurso de amparo frente a una providencia de inadmisión del Tribunal Supremo, acogiendo como fundamento de su decisión el tenor literal de los arts. 847.1 b) y 792.4 de la LECrim, el preámbulo de la Ley 41/2015, el propio Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, y la jurisprudencia de esta Sala, citando la primera STS 210/2017, de 28 de marzo; razones a las que añade la integración sistemática de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en la nueva regulación de la casación penal.

Por consiguiente, se impone un previo filtrado de las alegaciones de la defensa para constatar que el recurso promovido acepta la premisa impuesta por el art. 847 de la LECrim, que sólo habilita en estos casos la angosta vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim. Y no vale, desde luego, sortear este freno, impuesto por razones ligadas a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y a la necesidad de facilitar la labor nomofiláctica de esta Sala, mediante el artificial acomodo de alegaciones vinculadas a la vulneración de un derecho fundamental, bajo un enunciado que anticipa estratégicamente que el desacuerdo se limita al juicio de tipicidad.

3.- El primero de los motivos que hace valer la defensa se formaliza al amparo del art. 849.1 de la LECrim. Se aduce "infracción de preceptos penales de carácter sustantivo o normas del mismo carácter que deban ser observadas en la aplicación de la ley penal por indebida aplicación al caso del art. 467.2 del vigente Código Penal".

Conforme a este presupuesto metódico, una interpretación acorde con la doctrina jurisprudencial que ha sido sintetizada en el apartado precedente, nos obliga a una labor de depuración argumental que permita filtrar las alegaciones del recurrente que cuestionan el fundamento probatorio del juicio histórico. Y es que no es esa la vía impugnativa que tolera el art. 847 de la LECrim. Por consiguiente, vamos a centrarnos de forma exclusiva en aquellas afirmaciones que exponen un desacuerdo con el juicio de tipicidad, esto es, con la adecuada calificación del hecho probado, sin valorar el respaldo probatorio de lo que el Juez de lo Penal ha declarado acreditado y la Audiencia Provincial de Valencia ha avalado su corrección.

De ahí que sólo pongamos el acento en aquellos pasajes del desarrollo del motivo que censuran el juicio de subsunción, no el valor incriminatorio de las pruebas o su significación procesal como elementos de apoyo del *factum*.

3.1.- Desde esta perspectiva, en el apartado 5-B) del escrito de formalización se argumenta que, conforme a la sentencia de esta Sala fechada el 20 de noviembre de 2009, la literalidad del art. 467.2 del CP "... es incompatible con la situación que mantenía en el momento de formalizarse el encargo y la rendición de cuentas al querellante por parte de mi principal. (...) El Sr. Enrique, en las fechas en las que se realizó el encargo, nunca pudo trabajar como abogado por cuanto que se encontraba jubilado con anterioridad al inicio de la relación por la que nos vemos inmersos en el presente procedimiento".

A ese obstáculo de la no colegiación se añade el hecho -razona la defensa- de que el acusado no actuó con dolo alguno ni realizó una conducta perjudicial para los intereses del querellante: "... es significativo que el propio querellante, ni siquiera accionó contra mi principal en la presentación de la querrela. El querellante estaba convencido de que la actuación de mi mandante no merecía reproche alguno. Entendió que no existía mala praxis culpable".

3.2.- El motivo ha de ser estimado por una doble consideración. De una parte, a la vista de las inferencias que se derivan de la singular configuración del tipo previsto en el art. 467.2 del CP como delito especial propio. De otro lado, por la necesidad de no distanciar la interpretación de los tipos penales del carácter fragmentario del derecho penal, que sólo legitima su aplicación cuando es contemplado como un catálogo de soluciones jurídicas entendidas siempre como *última ratio*.

3.2.1.- La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de precisar que estamos en presencia de un delito especial propio, en la medida en que sólo puede cometerse -desde la perspectiva que centra el interés del presente recurso- por quien ostente la condición de Abogado (cfr. SSTS 713/2022, 13 de julio; 237/2019, 9 de mayo; 680/2012, 17 de septiembre; 431/2008, 8 de julio y 14 de julio de 2000). Se trata, por tanto, de una estructura típica que sólo tolera como sujeto de la acción a aquella persona que se dedica profesionalmente al ejercicio de la Abogacía.

Y es aquí donde surge el principal problema para avalar la corrección de la subsunción verificada por el Juzgado de lo Penal y confirmada en apelación por la Audiencia Provincial.

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".

3.2.2.- Sin embargo, las exigencias derivadas del principio de legalidad obstaculizan toda pretensión inclusiva de elementos de naturaleza normativa -en el presente caso, el concepto jurídico de Abogado- sin otro apoyo que una interpretación coloquial, no jurídica de lo que por tal ha de entenderse.

El principio de legalidad -decíamos en la STS 546/2022, 2 de junio- constituye una de las piezas clave sobre la que ha de asentarse un derecho penal respetuoso con las garantías constitucionales. Su vigencia encuentra formulación expresa en el art. 9.3 de la CE y en los arts. 1 y 2 del CP. Su relevante valor axiológico ha sido subrayado en numerosos precedentes de la jurisprudencia constitucional: "... la garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (lex certa). Esta exigencia tiene implicaciones no solo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal ( SSTC 133/1987, de 21 Jul., FJ 5 ; 182/1990, de 15 Nov., FJ 3 ; 156/1996, de 14 Oct., FJ 1 ; 137/1997, de 21 Jul., FJ 6 ; 151/1997, de 29 Sep., FJ 4 ; 232/1997, de 16 Dic ., FJ 2 ) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía in malam partem ( SSTC 81/1995, de 5 Jun., FJ 5 ; 34/1996, de 11 Mar., FJ 5 ; 64/2001, de 17 Mar ., FJ 4; AATC 3/1993, de 11 Ene., FJ 1 ; 72/1993, de 1 Mar ., FJ 1), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que solo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes ( SSTC 133/1987, de 21 Jul., FJ 4 ; 137/1997, de 21 Jul., FJ 6 ; 142/1999, de 22 Jul ., FJ 3; AATC 263/1995, de 27 Sep .; 282/1995, de 23 Oct .)".

La exigencia de una interpretación estricta del principio de legalidad se deriva, no sólo del mandato impuesto por el art. 9.3 de la Constitución sino de la conveniencia de limitar, en la medida de lo posible, la fuerza expansiva del derecho penal, ese incontrolado ensanchamiento del poder de castigar al alcance del Estado que está conduciendo a lo que se ha llamado, en expresión bien plástica, el "declive inexorable del derecho penal". Son muchas las causas que están en el origen de esa multiplicación punitiva que no parece conocer límites. Entre aquéllas ocupa un lugar especial la vaguedad e indeterminación de los tipos penales. Y esa imprecisión no sólo está asociada al abuso de las leyes penales en blanco, sino a una deficiente técnica legislativa que no es capaz de

convertir en un enunciado claro y diáfano, la voluntad incriminadora del Estado, con el consiguiente efecto perturbador a la hora de materializar los límites de lo prohibido.

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 interdisciplinaria 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 proporción 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 vigente 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.

A esta idea no es ajena la STS 680/2012, 17 de septiembre. En ella puede leerse: "... " este 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. "

Esta interpretación del vocablo "Abogado", llamado a definir al sujeto activo del delito de deslealtad, resulta obligada desde la perspectiva del principio de legalidad, que rechaza cualquier interpretación extensiva que ensanche artificialmente los límites de un tipo penal de tan graves consecuencias para quien haga del ejercicio de la Abogacía su profesión.



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, corremos 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 incluibles en el tipo penal funciones de asesoramiento preprocesal o extraprocésal. 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 intraprocésal 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.

3.4.- Aplicando lo ya expuesto al caso sometido a nuestra consideración, descartada la existencia de un engaño antecedente encaminado a la obtención de un lucro, los daños causados como consecuencia de la asunción del encargo de gestiones jurídicas por parte de un colegiado no habilitado para el ejercicio profesional de la Abogacía han de ser reparados por una vía distinta a la que ofrece el derecho penal. El incumplimiento contractual ( art. 1544 del Código Civil) o la exigencia de responsabilidad disciplinaria como colegiado no ejerciente (art. 140 del Estatuto) representan las vías para hacer realidad cualquier pretensión reparatoria de esos daños.

4.- Conforme al art. 901 de la LECrim, procede la declaración de oficio de las costas procesales.

#### **FALLO**

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

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación, por estimación de su primer motivo, por infracción de Ley, interpuesto por la representación de D. Enrique contra la sentencia núm. 121/2021, 2 de marzo, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia, al resolver el recurso de apelación promovido contra la sentencia núm. 84/2020, 5 de marzo, en causa seguida contra el mismo por un delito de deslealtad profesional, casando y anulando dicha resolución y procediendo a dictar segunda sentencia, con declaración de oficio de las costas procesales.

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.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz D. Javier Hernández García

**RECURSO CASACION NÚM.: 2092/2021**

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2092/2021, contra sentencia nº 121/2021 de 2 de marzo dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia en grado de apelación, que ha sido casada y anulada por sentencia pronunciada el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Único.**

Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Único.**

Por las razones expuestas en el FJ 3º de nuestra sentencia precedente, procede la estimación del recurso entablado, declarando que los hechos probados no son constitutivos del delito de deslealtad profesional, previsto en el art. 467.2 del CP, por el que se formuló condena

#### **FALLO**

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

Se ABSUELVE al acusado D. Enrique del delito de deslealtad profesional por el que fue condenado en la instancia y se declaran de oficio las costas causadas. Se deja sin efecto la declaración de responsabilidad civil efectuada en la sentencia de instancia que se mantiene en todo lo que no se oponga a la presente.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz D. Javier Hernández García

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.