



Roj: **STS 2031/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2031**

Id Cendoj: **28079120012022100492**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2022**

Nº de Recurso: **1742/2020**

Nº de Resolución: **496/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 496/2022

Fecha de sentencia: 23/05/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1742/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/05/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: SALA DE LO CIVIL Y PENAL DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1742/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 496/2022

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de mayo de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número **1742/2020**, interpuesto por **D. Leandro** representado por el Procurador D. José Manuel Merino Bravo bajo la dirección letrada de D^a Iliana Núñez Osorio, contra la sentencia núm. 49/20 dictada en el Rollo de Apelación núm. 9/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 12 de febrero que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 650/2019 dictada el 27 de septiembre de 2019 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda en el Rollo Abreviado 1541/2018.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **D^a Sagrario** y **D. Nicanor** representados por la Procuradora D^a María José Pérez Martínez bajo la dirección letrada de D^a Cristina Hernansanz Molina.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 45 de Madrid, instruyó el Procedimiento Abreviado con el núm. 389/2017 por delitos de apropiación indebida, falsedad en documento público y deslealtad profesional, contra D. Leandro, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, en la que vista la causa dictó en el Rollo Abreviado 1541/2018 sentencia num. 650/019 en fecha 27 de septiembre de 2019 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Son Hechos Probados y así se declaran que el acusado Leandro, nacido en NUM000 /79, sin antecedentes penales, había sido contratado en el año 2015 por Sagrario y Nicanor, en su condición de abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en aras de entablar una reclamación de cantidad en la jurisdicción social. Por este conocimiento y a finales del año 2016 y principios de 2017, la denunciante Sagrario, le encargó plantear otras tres acciones judiciales, que tenían por objeto:

Una demanda de responsabilidad patrimonial contra la Administración por unos daños sufridos por aquélla, que determinaron la entrega al acusado, de la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300€) en efectivo, como provisión de fondos del letrado, y DOSCIENTOS SESENTA EUROS (260€) como provisión de fondos del procurador, mediante transferencia bancaria del día 25 de febrero de 2016 a la cuenta del acusado NUM001, del Banco EVO. Esto es, la cantidad total de QUINIENTOS SESENTA EUROS (560€).

Una demanda por acoso escolar sufrido por el hijo menor de edad. Con causa en dicho encargo, los denunciantes le hicieron entrega al investigado de la cantidad de OCHOCIENTOS EUROS (800€) en efectivo, el día 15 de enero de 2017; y MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS (1.267,50€) a través de transferencia bancaria a la cuenta del acusado NUM002, del Banco Sabadell, el día 18 de enero de 2017; siendo la cantidad de mil quinientos euros (1.500 €) para el pago de caución. Esto es, la cantidad total de DOS MIL SESENTA Y SIETE EUROS (2.067€).

Y una demanda sobre modificación de pensión alimenticia a cargo de Nicanor, para cuya gestión se entregó al acusado CIENTO OCHENTA EUROS (180€) el día 15 de noviembre de 2016, mediante transferencia a su cuenta número NUM003 y en concepto de provisión de fondos de procurador. La cantidad de MIL VEINTE EUROS (1.020€) en metálico, el día 20 de enero de 2017, en concepto de caución. SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS (652€) mediante transferencia, el día 26 de enero de 2017 en concepto de honorarios profesionales del letrado (fo 1.45). En total, la cantidad de MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS EUROS (1.852 €).

El acusado hizo suyas estas cantidades sin realizar trámite judicial alguno, en la defensa de los intereses que le habían atribuido sus clientes. Pero durante el transcurso del periodo de tiempo acotado, y para justificar el acusado la tramitación de los procedimientos que le habían encomendado, acudía con la denunciante a los juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid; les informaba de las cuantías indemnizatorias que pronto iban a recibir, y les entregaba documentos relacionados con los procedimientos. Así, un escrito elaborado por él con fecha de 18 de enero de 2017, que iba dirigido al Juzgado n° 4 de lo Contencioso Administrativo de Madrid, por el que se acreditaba el pago de caución; o un documento que adoptaba la forma de Auto judicial, elaborado en su integridad por el acusado, en el que con fecha del 3 de enero de 2017, supuestamente se estimaba la solicitud de modificación de la pensión alimenticia".

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

"FALLAMOS: Que debemos CONDENAR y CONDENAMOS a Leandro, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de apropiación indebida, ya definido, en concurso con el delito de deslealtad profesional, a la pena de veintiún meses de prisión por el delito de apropiación indebida, y a la pena de multa de veinte meses, a razón de una cuota diaria de 10 euros diarios, por el delito de deslealtad profesional. Se impone además, al condenado, la inhabilitación especial para el ejercicio de la abogacía, por tiempo de 18 meses.



Se impone asimismo al condenado, como autor de un delito de falsedad documental, la pena de un año de prisión y multa de doce meses a razón de una cuota diaria de 10 euros diarios.

Y a que indemnice a D^a. Sagrario y a D. Nicanor en la suma de 29.479,50 euros, a la que serán de aplicación los intereses procesales establecidos en el art. 576 LEC. Y al pago de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado Leandro, dictándose sentencia núm. 49/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 12 de febrero de 2020, en el Rollo de Apelación núm. 9/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que debemos estimar como estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Leandro contra la sentencia dictada con fecha 27 de septiembre de 2019, por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que debemos revocar únicamente en lo que respecta a los siguientes pronunciamientos:

Debemos absolver como absolvemos al acusado del delito continuado de apropiación indebida por el que resultó condenado en la primera instancia, manteniendo la condena del mismo como autor de los delitos de deslealtad profesional y falsedad documental, en los términos que se contienen en la resolución impugnada.

Y debemos rectificar el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil, en el sentido de condenar al acusado a indemnizar a doña Sagrario y a Don Nicanor en la suma de TRECE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE EUROS CON CINCUENTA CÉNTIMOS (13.479,5 euros); cantidad incrementada con el interés legal establecido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todo ello, declarándose de oficio un tercio de las costas devengadas en la primera instancia y con imposición al condenado de los dos tercios restantes. Las costas devengadas como consecuencia del presente recurso se declaran de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado, D. Leandro 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**:

Motivo Primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción del principio *non bis in idem*, concurrencia de los arts. 467.2 y 253.1, afectación del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva, arbitrariedad. arts. 24.1., 24.2 y 9 C.E.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción del principio *non bis in idem*; inexistencia de fundamentación en cuanto al perjuicio patrimonial.

Motivo Tercero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849 número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, indebida aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la Procuradora Sra. Pérez Martínez presentó escrito de impugnación; el Ministerio Fiscal interesó en su escrito de fecha 4 de marzo de 2021 la inadmisión del recurso interpuesto y subsidiariamente su desestimación; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 17 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en casación la representación procesal de D. Leandro la sentencia núm. 49/20 dictada en apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 12 de febrero que estima parcialmente su recurso formulado contra la sentencia núm. 650/2019 de 27 de septiembre dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda. En la sentencia recurrida se deja sin efecto



la condena pronunciada en instancia por delito continuado de apropiación indebida y se mantiene la condena del recurrente como autor del delito de deslealtad profesional a veinte meses multa y del delito de falsedad documental, a un año de prisión y multa de doce meses.

En esencia se le condena porque: i) en su condición de abogado ejerciente, convino con Sagrario y con Nicanor la defensa profesional de los intereses de los mismos, comprometiéndose con ellos a emprender sendos procedimientos judiciales, debidamente descritos en el factum de la resolución impugnada; pero no sólo no lo hizo sino que, incluso, confundió a sus clientes haciéndoles creer, de manera prolongada y desplegando determinados ardides, que dichas acciones se encontraban en marcha, perjudicando así de manera manifiesta los intereses de aquellos, quienes, no sólo, frente a lo que pensaban, no habían ejercido acción judicial alguna que pudiera culminar con el éxito de sus pretensiones sino que, en esa creencia, perdieron también toda oportunidad de hacerlo durante ese período de tiempo, sirviéndose de cualquier otro profesional; y ii) facilitó a Sagrario el documento elaborado por él mismo, que aparentando la forma de un auto judicial y fechado en 3 de enero de 2017, supuestamente estimaba la solicitud de modificación de pensión de alimentos que le había sido encomendada a Leandro por Nicanor .

1. El primer motivo lo formula por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción del principio *non bis in idem*, concurrencia de los arts. 467.2 y 253.1, afectación del derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva, arbitrariedad, arts. 24.1, 24.2 y 9 CE.

2. Argumenta que el Juzgador incurre en infracción al derecho a la defensa y del derecho a la tutela judicial efectiva, incurriendo además en arbitrariedad, (art. 24.1, 24.2 y art. 9 C.E.) ya que teniendo en cuenta que aplica el supuesto previsto en el art. 253.1 y después de sus fundamentos jurídicos y de hecho, el juzgador decide absolver al Sr. Leandro de este ilícito; ello impide que de nuevo vuelva a juzgar por infracción del art. 467.2. Se trata, afirma, de un concurso de normas, el art. 253.1 y el art. 467.2 del Código Penal, que el Tribunal Supremo, en la jurisprudencia mencionada considera que no se pueden aplicar las dos normas al mismo hecho, pues el hecho lesiona del mismo modo el bien jurídico que es tutelado por las normas concurrentes, por lo que el contenido del injusto y de reproche de este hecho queda totalmente cubierto con la aplicación de sólo una de dichas normas penales, haciendo innecesaria la aplicación de las demás. En el caso de autos, al haber dispuesto la absolución del Sr. Leandro del ilícito previsto en el art. 253.1 del Código Penal, impide que el tribunal pase a condenarlo por infracción del art. 467.2, por infracción del principio "non bis in idem", en consecuencia, solicitamos que la Sala case la sentencia, y disponga que proceda igualmente la absolución del Sr. Leandro del supuesto previsto en el art. 467.2, por infracción del principio "non bis in idem".

3. No es fácil la intelección del motivo, pues difícilmente se puede incurrir en *bis* material, por la doble condena del art. 253.1 y del art. 467.2 CP, cuando sólo es condenado por el segundo; y difícilmente se puede incurrir en *bis* procesal o adjetivo, cuando sólo ha mediado un proceso.

4. El art. 467.2 castiga al abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados; y ese perjuicio puede a su vez ser ocasionado a través de una conducta tipificada en otra norma del Código Penal, en su caso y entre otras de apropiación indebida, generando el correspondiente concurso delictivo; pero en modo alguno resulta necesario que ese perjuicio integre otra conducta típica, sin que esa inexistencia de concurso, en modo alguno, impida la existencia autónoma del delito de deslealtad profesional.

En la STS 137/2016, de 24 de febrero, citada entre otras por la 237/2019, de 9 de mayo, 59/2020, de 20 de febrero ó 207/2022, de 9 de marzo, se indica que "el tipo penal del art. 467.2 requiere, como elementos integradores:

- a) que el sujeto activo sea un abogado o un procurador, esto es, se trata de un delito especial;
- b) desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión, que en ambos casos derivará en un resultado;
- c) como elemento objetivo, que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados; y
- d) desde el plano de culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento culposo, en el que concurra "imprudencia grave".

"Es evidente que la razón de la incorporación del precepto en la ley penal es la incriminación de aquellas conductas más intolerables, desde el plano del ejercicio de las profesiones jurídicas indicadas, ya que, si así no fuera, por el carácter subsidiario y de intervención mínima del Derecho penal, los comportamientos ilícitos en el desempeño de tales profesiones integrarían una conculcación de las normas colegiales de actuación profesional. (STS 4-3-2013, entre otras). De esta doctrina resulta que debe acreditarse la existencia de un



perjuicio manifiesto de los intereses encomendados al acusado, y que ese perjuicio se deriva de su acción u omisión".

Igualmente hemos indicado (STS 649/2020, de 1 de diciembre) que el perjuicio debe ser manifiesto, realmente producido (en este sentido STS 1138/09, de 20 de noviembre) e imputable al profesional, aunque no se precisa sea económico (STS 1547/97)" (STS nº 137/2016, de 24 de febrero).

Si cotejemos el relato de hechos probados, resulta que el acusado Leandro , en su condición de abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, a finales del año 2016 y principios de 2017, fue contratado por Sagrario , con el encargo de plantear tres acciones judiciales; pero el acusado, no realizó trámite judicial alguno en la defensa de los intereses que le habían atribuido sus clientes, pero simulaba que lo hacía; lo que cumplimenta plenamente los requisitos antes establecidos para la configuración del tipo, sin necesidad de atender a la calificación que correspondiese por el percibo y destino de las cantidades que a estos fines los clientes le entregaron. Así como el efectivo perjuicio integrado por: a) la suma de las cantidades dinerarias que le fueron entregadas al acusado para los diversos fines procesales, pero que no los destinó a esa previsión; b) daño moral consecuente a la natural decepción que D^a Sagrario experimentó al conocer que el acusado no había emprendido ninguna de las acciones legales comprometidas, en temas tan ligados al decurso íntimo vital, como el acoso escolar de un hijo o la revisión de la pensión alimenticia.

El motivo se desestima.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula por infracción de ley al amparo del art. 849 número 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción del principio *non bis in idem*; inexistencia de fundamentación en cuanto al perjuicio patrimonial.

Argumenta que al no ser posible la condena por infracción del art. 467.2 CP. por la quiebra del principio "non bis in idem", tampoco es posible hablar de indemnización. Pero desestimado el anterior motivo, la subsidiariedad expresa del actual, lleva igualmente a su decaimiento. Si bien el concepto y cuantías indemnizatorias, se cuestionan de nuevo en el motivo siguiente.

TERCERO.- El tercer motivo lo formula por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, indebida aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

1. Alega que conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, no puede confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales); y en autos, ninguna de las tres acciones, ha prescrito; el tiempo que dejó transcurrir el letrado ha sido inferior a un año; que la doctrina de la pérdida de la oportunidad se puede considerar un instrumento utilizado por los órganos jurisdiccionales para facilitar la estimación de demandas por daños que deben ser indemnizados en aquellas circunstancias en las que hay elementos causales de difícil valoración; en el caso de autos, no sucede ello, ya que de las tres acciones judiciales la omisión por el letrado no ha implicado ningún daño ni perjuicio; y por otro lado, no hay ninguna prueba conectada con la supuesta depresión de la perjudicada.

2. De nuevo se hace difícil canalizar el motivo, pues la sentencia de apelación expresamente desplaza en su concreción indemnizatoria la valoración de la pérdida de oportunidades y la encauza a través del daño moral.

Además del concepto indemnizatorio no discutido, el importe de las cantidades entregadas al acusado y que no ha empleado en la formulación de las acciones judiciales encomendadas, la sentencia de apelación, que es contra la que se formula el recurso, concreta la indemnización por daño moral en nueve mil euros, que así motiva:

Es evidente que al no hacer honor a su palabra el acusado, dejando de asumir el compromiso que contrajo con los perjudicados y, en definitiva, omitiendo iniciar los correspondientes procedimientos en defensa de sus derechos, les provocó un perjuicio representado, al menos, por la demora o pérdida de tiempo que ello supuso. Sagrario y Nicanor actuaron en la creencia de que los que consideraban sus derechos legítimos estaban siendo ya impetrados ante los Tribunales de justicia y dejaron, en consecuencia, desde entonces, de procurar la satisfacción de aquellos por cualquier otro modo alternativo. Sólo una vez descubierta la conducta del acusado, quedaron en libertad para emprender las acciones que hubieran tenido por convenientes. Y esa pérdida de tiempo, ese perjuicio o trastorno, a nuestro parecer, se acomoda mejor, en sí mismo, al concepto de daño moral al que después nos referiremos.

(...)

La Audiencia Provincial determina que la depresión que asegura padecer Sagrario no tenía por causa eficiente la conducta del acusado sino otra serie de problemas previos. No niega, sin embargo, que aquella, –la



natural decepción que experimentó al conocer que el acusado no había emprendido ninguna de las acciones legales comprometidas-, pudiera haber incidido, en una medida indeterminada, en los síntomas de aquella enfermedad. Y es evidente, como ya señalábamos con anterioridad, que la pérdida de tiempo que tuvo lugar entre "finales del año 2016 y principios de 2017", en la que se asegura que Sagrario contactó con el acusado para encomendarle el ejercicio de las tres acciones judiciales, y la fecha, también en el año 2017, en el que comprendió que el acusado no había emprendido ninguna de ellas, comporta también un perjuicio moral para Sagrario y Nicanor .

Ambos aspectos, valorados en el ámbito del daño moral, creemos, sin embargo, que no deben superar en su cuantificación reparadora los 9000 €, --doble aproximadamente de la suma que de forma infructuosa se satisfizo al acusado por los ahora perjudicados--, de manera tal que, con la dificultad que siempre entraña la liquidación de esta clase de perjuicios, queden aquellos indemnes del daño sufrido,

3. El daño moral no puede identificarse con secuelas psicológicas, sino que tiene un espacio propio, en el que las situaciones de angustia, frustración, miedo o padecimientos, en general, que ha soportado quien sufre las consecuencias del delito merecen un resarcimiento; y dada la moderada cuantía otorgada y la obvia frustración por la inacción del acusado y la necesaria perturbación que conlleva cuando menos la sensible demora en la solución a sus pretensiones, resulta de inviable fiscalización en casación.

Cuando se trata de daños morales, y frente a los de naturaleza material y física, económicamente evaluables, la única base para medir la indemnización por esos perjuicios y daños anímicos es el hecho delictivo mismo del que éstos son sus consecuencia o resultado causal, de tal suerte que la propia descripción del hecho constituye la base en que se fundamenta el "quantum" indemnizatorio señalado por el Tribunal sentenciador en el ejercicio de una prudente discrecionalidad únicamente revisable en casación cuando la valoración rebasa cuando la valoración rebasa los límites mínimos y máximos dentro de los cuales resulta razonable esa prudente discrecionalidad (STS 479/2012, de 13 de junio).

CUARTO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de desestimación del recurso, se impondrán a la parte recurrente.

FALLO

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

Declarar no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación de **D. Leandro** contra la sentencia núm. 49/20 dictada en el Rollo de Apelación núm. 9/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 12 de febrero que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 650/2019 de 27 de septiembre dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda en el Rollo Abreviado 1541/2018; ello, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

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

Así se acuerda y firma.