



Roj: STS 3119/2014 - ECLI: ES:TS:2014:3119

Id Cendoj: 28079120012014100564

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Penal

Sede: Madrid

Sección: 1

Fecha: 25/07/2014

Nº de Recurso: 2287/2013

Nº de Resolución: 588/2014

Procedimiento: RECURSO CASACIÓN

Ponente: CANDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Julio de dos mil catorce.

En los recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma que **ante** Nos pende, interpuestos por **Teofilo**, "ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE LTD" y **Andrea**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6ª) que condenó por delito **continuado de apropiación indebida agravado por la cuantía**, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Touron, al haber formulado voto particular el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, siendo también parte el Ministerio Fiscal, y estando dichos recurrentes representados por los Procuradores Sr. Rodríguez García, Sra. Rodríguez Ruiz y Sra. Maroto Gómez, respectivamente; habiendo comparecido como recurridas, la "Caja de Ahorros del Mediterráneo", representada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira y, la "Patria Hispana S.A., de Seguros y Reaseguros", representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Chacón.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción número 50 de los de Madrid instruyó Diligencias Previas con el número 405/2008 y, una vez concluso, fue elevado a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª que, con fecha 26 de septiembre de 2013 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: " *De la valoración de la prueba practicada, resulta probado y así se declara:*

**PRIMERO.-** La acusada Dª. Andrea, con DNI NUM000, mayor de edad y sin antecedentes penales, en su condición de Procuradora de los Tribunales y en virtud de apoderamiento otorgado por Caja de Ahorros del Mediterráneo, ostentaba la representación procesal de esta entidad en los procedimientos de Ejecución Hipotecaria tramitados con los números 91/2004 y 184/2004 en el *Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Majadahonda*, y en el ejercicio de sus funciones de representación recibió de dicho Juzgado los días 9 de junio y 7 de octubre de 2005 dos mandamientos de devolución de fechas, respectivamente, 8 de junio de 2005 y 29 de septiembre de 2005, por importes el primero de 174.209,15 euros y el segundo de 236.279,26 euros ambos expedidos en los procedimientos indicados 91/2004 y 184/2004 a favor de su legítimo beneficiario Caja de Ahorros del Mediterráneo y, con ánimo de incorporar a su patrimonio dichas cantidades con correlativo detrimento económico de su representada y beneficiaria, ingresó sus importes en la cuenta corriente abierta en Banesto sucursal 1126 sita en la calle Ríos Rosas de Madrid, con el número NUM001 cuyos **titulares** eran conjuntamente la propia acusada y su marido D. Teofilo, con DNI NUM002, cuenta en la que se efectuaban movimientos por diferentes conceptos y, entre ellos pagos en concepto de hipoteca constituida sobre una vivienda de ambos cónyuges y transferencias o disposiciones ordenadas por el marido de la acusada Sr. Teofilo. Hasta el momento Caja de Ahorros del Mediterráneo no ha recuperado los importes mencionados.

**SEGUNDO.-** En el momento de los hechos Andrea dada su condición de Procuradora de los Tribunales del Ilustre Colegio de Procuradores de los Tribunales de Madrid, ostentaba la condición de asegurada en la mercantil ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE SLD, en virtud de seguro de **responsabilidad civil** profesional suscrito



por la mercantil citada y en el que la condición de tomador del seguro la ostentaba el Consejo General de los Procuradores de los Tribunales, la póliza suscrita tenía vigencia desde el día 1 de abril de 2005 hasta el día 31 de marzo de 2006, con un límite de indemnización cifrado en 601.012,10 euros; asimismo, la acusada tenía concertada una póliza de seguro de **responsabilidad civil** por daños causados a **terceros** con La Patria Hispana, **Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros** con vigencia hasta el día 6 de abril de 2008, alcanzando la cobertura de esta póliza, la cantidad de 600.000 euros en exceso de la cantidad asegurada por la póliza concertada por medio del Ilustre Colegio de Procuradores para el mismo riesgo.

**TERCERO.**- Este procedimiento judicial se inició el día 20 de marzo de 2008 en virtud de atestado de la Brigada Provincial de Policía Judicial de Madrid instruido por denuncia presentada por la representación legal de Caja de Ahorros del Mediterráneo, sin que haya permanecido paralizado por tiempo que pudiera ser susceptible de ser atribuido a la conducta de la acusada ni de su defensa técnica. "[sic]

**SEGUNDO.** - La sentencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: " **FALLAMOS: DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS** a la acusada **D<sup>a</sup>. Andrea** , como autora criminalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida agravado por la cuantía, concurriendo la circunstancia atenuante ordinaria de dilaciones indebidas, a la pena de **TRES AÑOS, SEIS MESES Y UN DÍA de prisión , MULTA DE DIEZ MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE 6 EUROS, con un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas**, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena; en concepto de **responsabilidad civil** deberá indemnizar a Caja de Ahorros del Mediterráneo en la cantidad de **410.488,41 euros**; esta indemnización devengará el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su completo pago. *Asimismo se imponen a Andrea las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.*

Se declara la **responsabilidad civil** como **partícipe a título lucrativo de D. Teofilo** que deberá responder frente a la Caja de Ahorros del Mediterráneo por la suma de **410.488,41 euros**, más los intereses legales de esta cantidad

La **aseguradora ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE SLD**, responderá **solidariamente** con la acusada y el responsable **civil** como **partícipe a título lucrativo** de la cantidad antes especificada de **410.488,41 euros** , en concepto de **responsabilidad civil** directa, hasta el importe máximo fijado en la póliza suscrita, suma que devengará los intereses especificados ; **se absuelve libremente a PATRIA HISPANA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS** del pago de dicha cantidad.

Pronúnciese esta sentencia en audiencia pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que contra la misma, se podrá interponer recurso de casación por infracción de ley o quebrantamiento de forma para **ante** el Tribunal Supremo, previa su preparación **ante** esta Audiencia, por medio de escrito autorizado con firmas de letrado y procurador, dentro de los cinco días siguientes a la última notificación. "[sic]

**TERCERO.** - Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de Ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.** - El recurso interpuesto por **Teofilo** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

**Primero.**- Error inicial a la hora de dictar la sentencia objeto de recurso que radica en la exposición de los hechos declarados probados.

**Segundo.**- Incorrecta aplicación del artº. 122 del Código Penal .

**Tercero (numerado como Sexto).**- Vulneración del derecho constitucional a la presunción de inocencia al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al no existir prueba de cargo suficiente para la aplicación al mismo del artº. 122, atribuyéndole el carácter de beneficiario lucrativo.

**QUINTO.** - El recurso interpuesto por "**ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE LTD**" se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

**Único.**- Por infracción de ley, de acuerdo con el artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , en concreto, los artículos 16 , 19 y 76 de la LCS .

**SEXTO.**- El recurso interpuesto por **Andrea** se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

**Primero.**- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por infracción del artº. 741 de dicha Ley adjetiva, por una incorrecta aplicación de los artículos 252 , 250. 1.5 º, 74 y 28 del Código Penal .



**Segundo.-** Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por falta de aplicación del artículo 14. 1º del Código Penal .

**Tercero.-** Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por la incorrecta aplicación del artº. 21. 6º del Código Penal , y, consecuentemente infracción del artº. 66 de dicha Ley sustantiva.

**Cuarto.-** Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos que demuestran la equivocación del Juzgador.

**Quinto.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del artº. 851. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuanto que la sentencia recurrida no se pronuncia sobre todos los puntos objeto de la defensa.

**Sexto.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa, reconocidos en el artº. 24 de la Constitución española , en relación con los artículos 11 y 238 de la L.O.P.J ., al existir una causa de nulidad.

**Séptimo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por quebranto del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa, reconocidos en el artº. 24 de la Constitución española , en relación con el artº. 120 del texto constitucional que impone la obligación de motivar las sentencias y el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, del artº. 9. 3º de la Constitución española , en la apreciación de la prueba.

**SÉPTIMO.-** Instruidas las partes de los recursos interpuestos, los Procuradores Sr. Rodríguez Nogueira y Sra. Rodríguez Chacón, así como el Ministerio Fiscal, en escritos de fecha 31 de enero y 15 de abril de 2014, respectivamente, solicitaron la inadmisión de todos los motivos de los recursos interpuestos y, subsidiariamente, su desestimación; la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y, hecho el señalamiento del fallo prevenido para el día 8 de julio de 2014, comenzó en esa fecha y concluyó el 25 de julio de 2014.

**OCTAVO .-** Al haber formulado voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Maza Martin, pasa a asumir la ponencia el Magistrado, Presidente de la Sala, Excmo. Sr. D. Candido Conde-Pumpido Tournon.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO DE Andrea

**PRIMERO .-** La sentencia impugnada, dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid con fecha 26 de septiembre de 2013 , condena a la recurrente como autora responsable de un delito continuado de apropiación indebida, con la concurrencia de la atenuante de dilaciones indebidas, a las penas de tres años, seis meses y un día de prisión y multa.

Frente a ella se alzan los presentes recursos, el de la condenada fundado en siete motivos, el de su esposo declarado como participe a título lucrativo, fundado en tres motivos, y el de la compañía **aseguradora**, condenada como responsable **civil** directa, fundado en un Único motivo.

Los hechos declarados probados consisten, en síntesis, en que la acusada, Andrea , Procuradora de los Tribunales en representación de CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO, se apropió del resultante de dos mandamientos de devolución, por importes de 174.209'15 y 236.279'26 euros, acordados por el Juzgado que conocía de sendos procedimientos de ejecución hipotecaria en favor de la entidad financiera a la que Andrea representaba, incorporando a su patrimonio tales cantidades al ingresarlas en la cuenta bancaria de la que eran **titulares** ella y su esposo, Teofilo , en la que se cargaban los recibos de la hipoteca de la casa común así como se realizaban distintas operaciones ordenadas por el propio Teofilo .

La acusada, como miembro del Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid, tenía la condición de asegurada en la póliza de **responsabilidad civil** profesional suscrita por dicho Colegio con la Compañía ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE LTD.

**SEGUNDO .-** El motivo quinto del recurso interpuesto por la representación de la condenada se formula al amparo del art 851.3 de la Lecrim y en él se alega quebrantamiento de forma por falta de resolución de todos los puntos objeto de defensa ( art. 851.3 L.E.Cr .).

1. La incongruencia omisiva la ciñe la recurrente al silencio del Tribunal sobre las dudas que suscita el contenido de los documentos aportados por la Defensa al comienzo del Juicio oral y las declaraciones prestadas por el representante de la entidad perjudicada, en relación con la credibilidad que merece el resto



de testimonios utilizados como prueba de cargo para desvirtuar la versión de la recurrente en el sentido de que su manera de "trabajar" (sic) no era la que regía las relaciones entre ella y la entidad a la que representaba.

En este sentido, recordemos las exigencias de esta Sala, en motivos de esta naturaleza, y que son los siguientes.

- a) Que la falta de decisión recaiga sobre una verdadera pretensión y no sobre un concreto argumento, ni sobre cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica.
- b) Que ni siquiera constituye la omisión con trascendencia constitucional la pretensión de un enunciado fáctico de los alegados sino que ha de referirse a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas.
- c) Que la cuestión sobre la que no se pronuncia el Tribunal sea de carácter esencial.
- d) Que la cuestión haya sido explícitamente formulada en los correspondientes escritos de la parte que formula protesta, habiéndose producido por ello el oportuno debate.
- e) Que, con independencia de que pueda diferenciadamente suscitarse otra queja, el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida, lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse, no solo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.
- f) Que aún, existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso.

Descendiendo a nuestro caso, es evidente, que los materiales probatorios aludidos fueron tenidos en cuenta por el Tribunal para descartar la interpretación que de los mismos intenta imponer el Recurso, por lo que no puede afirmarse una incongruencia omisiva que, además, se referiría no a la falta de respuesta de unas concretas pretensiones jurídicas, como requiere nuestra doctrina en estos casos, sino a cuestiones de índole meramente valorativo que, por otra parte, volverán a suscitarse más tarde en los correspondientes motivos.

En definitiva, esta alegación no puede prosperar.

**TERCERO** .- Con apoyo procesal en el art. 852 L.E.Cr ., el Recurso considera vulnerados los arts. 24.1 y 120.3 C .E., que consagran los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a la necesaria motivación de las Resoluciones judiciales.

1. La impugnante sostiene, en su motivo sexto, que no se han respetado sus derechos a la tutela judicial efectiva ni de defensa por el hecho de que se ignore cómo llegaron a poder de la denunciante los documentos judiciales referidos a los mandamientos de devolución acordados en el seno de los procedimientos hipotecarios en los que Andrea actuaba como única representante de la entidad financiera que se dice perjudicada.

Pero lo cierto es que, al margen de que no queda claro el por qué el Recurso entiende que la posesión de tales documentos por la denunciante ha limitado el pleno ejercicio de su derecho de defensa y que, por ende, deben ser anuladas las actuaciones, de acuerdo con los arts 11 y 238 Lopj , al ocasionarle tal indefensión, sino que además ya la Audiencia dio cumplida y acertada respuesta a esta cuestión, en su fundamento jurídico primero, señalando cómo se trataba de fotocopias de documentos obrantes en los procedimientos hipotecarios en los que la denunciante era parte, por lo que podía acceder a ellos sin cometer ilegalidad alguna, aunque la recurrente, con su incorrecta conducta y por los fines ilícitos que perseguía, se los hubiera ocultado.

2.- A continuación, en el motivo séptimo, se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en este caso vinculada a la ausencia de razonamiento judicial acerca del rechazo que a la Audiencia merece la versión exculpatoria consistente en afirmar que la recurrente lo único que hizo fue seguir las pautas de actuación concertadas con su representada, que no le obligaban a la inmediata entrega de las cantidades percibidas sino a que fueran éstas tenidas en cuenta a la hora de hacer una ulterior liquidación de conjunto respecto de todos los asuntos en los que actuaba.

Afirma semejante falta de motivación de la recurrida en la ausencia de tratamiento de las pruebas a las que ya hizo referencia en el motivo quinto, a saber, los documentos aportados y las declaraciones del representante de la CAJA.



Pues bien, como ya dijimos en nuestro anterior Fundamento Jurídico, tales argumentos no se ajustan a la realidad toda vez que sí que se razona suficientemente en la Resolución de instancia el por qué se consideran acreditados los hechos objeto de acusación, con rechazo de los alegatos esgrimidos por la recurrente en su defensa.

Baste examinar lo expuesto en el Fundamento Jurídico **Tercero** de la Sentencia recurrida para constatar la existencia de suficiente argumentación dirigida a desvirtuar la tesis de la defensa que expresamente se cita.

Los motivos se desestiman.

**CUARTO** .- El cuarto motivo, por error en la valoración de la prueba al amparo del art 849 2º, se funda en los documentos a los que ya nos hemos referido con anterioridad así como a la declaración en el acto del juicio oral del representante de la entidad denunciante (motivos quinto y séptimo) Considera la recurrente que nos encontramos **ante** unas pruebas, de carácter documental, que avalan su tesis exculpatoria y que sus contenidos contradicen claramente las conclusiones alcanzadas por la Audiencia.

La doctrina de esta Sala (Sentencias de 23 de marzo de 2012, núm. 209/2012 y 28 de febrero de 2013, núm. 128/2013 , entre otras muchas) considera que para que quepa estimar que ha habido infracción de ley por haber concurrido error en la apreciación de la prueba en los términos prevenidos en el art. 849.2º de la Ley Enjuiciamiento Criminal , es necesario que concurren los requisitos siguientes:

1º) Que haya en los autos una verdadera prueba documental y no de otra clase (testifical, pericial, confesión), es decir que sea un documento propiamente dicho el que acredite el dato de hecho contrario a aquello que ha fijado como probado la Audiencia, y no una prueba de otra clase, por más que esté documentada en la causa;

2º) Que este documento acredite la equivocación del Juzgador, esto es, que en los hechos probados de la Sentencia recurrida aparezca como tal un elemento fáctico en contradicción con aquello que el documento, por su propia condición y contenido, es capaz de acreditar;

3º) Que, a su vez, ese dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba determinada sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto, el Tribunal, que conoció de la causa en la instancia, habiendo presidido la práctica de todas ellas, y habiendo escuchado las alegaciones de las partes, tiene facultades para, sopesando unas y otras, apreciar su resultado con la libertad de criterio que le reconoce el art. 741 de la L.E.Criminal ;

4º) Por último, es necesario que el dato de hecho contradictorio así acreditado sea importante, en cuanto que tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos que carezcan de tal virtualidad, el motivo no puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos, de hecho o de derecho, que no tienen aptitud para modificarlo.

En el caso actual no concurren los referidos requisitos. En primer lugar la naturaleza jurídica de unos documentos privados y más aún una declaración testifical carecen de virtualidad casacional, por el cauce aquí utilizado, y su contenido no cabe elevarlo a la categoría de incuestionable, de forma que evidencie un error incuestionable en la tarea de valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

**QUINTO** .- Los tres primeros ordinales del Recurso se plantean, con base en el art 849 1º de la Lecrim , por infracción de ley, denunciando la indebida aplicación del art 252 CP 95, que describe el delito de apropiación indebida, así como la incorrecta inaplicación de los artículos 14.1, relativo al error de prohibición que se afirma padeció la recurrente, y 21.6ª referente a la atenuante de dilaciones indebidas que debían valorarse como muy calificadas.

El fundamento de la argumentación de la acusada consiste en que, ni existe dolo de apropiación por su parte, puesto que como se ha insistido, su conducta se acomodaba a la forma habitual de "trabajar" de la profesional con su representada, concurriendo, en todo caso, un error de prohibición, pues ignoraba que su correcto comportamiento habría de ser otro, y, finalmente, para el caso de mantenerse la condena, que la atenuante de dilaciones indebidas ha de ser considerada como muy calificada.

Alegatos que además de no corresponderse con la literalidad de los hechos declarados como probados, que en este momento resultan inatacables, tampoco encuentran razones de fondo para su estimación.

1.- En efecto, por lo que respecta a la apropiación indebida, tal delito aparece descrito en el artículo 252 del Código Penal que tipifica la conducta de los que en perjuicio de otros se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión



o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros.

La doctrina de este Tribunal Supremo de ( SSTS 513/2007, de 19 de junio , 228/2012, de 28 de marzo y 664/2012, de 12 de julio , entre otras muchas), ha resumido la interpretación jurisprudencial de este delito diciendo que el artículo 252 del vigente Código Penal sanciona dos modalidades distintas de apropiación indebida: la clásica de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y la distracción de dinero cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darle un destino específico.

Esta consideración de la apropiación indebida del artículo 252 del Código Penal parte de la distinción establecida en los verbos nucleares de tipo penal, se apropiaren y distrajeren y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente, en los supuestos de obligación de devolver o el destinatario final del dinero, en los supuestos de obligación de entregar, un derecho a recibir otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida.

Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, como hemos dicho, ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, de manera que en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron.

En definitiva, apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para que se entienda cometido el delito.

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

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico, que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso **civil** o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver ( SSTS 31 de mayo de 1993 , 1 de julio de 1997 , 513/2007, de 19 de junio , 228/2012, de 28 de marzo y 664/2012 , de 12 de julio, entre otras muchas).

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

Y esos, y no otros, son los elementos que en el caso presente concurren, al haber incorporado a su patrimonio la recurrente las cantidades percibidas en su función de representante de la entidad financiera actora **ante** el Juzgado en los procedimientos hipotecarios en su patrimonio, ingresándolas en cuenta bancaria de su titularidad y, por lo tanto, distrayéndolas de su finalidad lícita que no era otra que la recuperación de las mismas por su legítima destinataria.

2.- Lo que igualmente acontece con la concurrencia del dolo necesario, como elemento subjetivo de la infracción, que se corresponde con la literalidad del "factum" de la Resolución de instancia y que excluye por completo la posibilidad de la presencia de un error de prohibición, a la vista de los acertados argumentos al respecto ofrecidos por la Audiencia.

3.- Finalmente, por lo que se refiere a la atenuante de dilaciones indebidas ya apreciada por la Audiencia con carácter de simple, tampoco corresponde acceder a la pretensión del recurso, considerándola como muy cualificada, teniendo en cuenta que no cabe, como la recurrente pretende, incluir en lo que son dilaciones



en la "tramitación del procedimiento", términos expresamente utilizados por nuestro Legislador en el nuevo apartado 6º del art 21 Cp , el tiempo previo a la presentación de la denuncia por la perjudicada que, en todo caso, tendría cabida en un supuesto de prescripción del delito, en el supuesto de alcanzarse el tiempo preciso para ello.

Así mismo, tampoco aquí se excede el criterio de "extraordinarias" que el referido precepto atribuye, como exigencia para la configuración de la atenuante simple, a las dilaciones producidas.

Procede, en consecuencia, declarar la desestimación de los motivos.

#### RECURSO DE Teofilo

**SEXO** .- Los tres motivos en los que se funda este Recurso se encuentran directamente vinculados entre sí, pues en realidad parten todos ellos de una incorrecta comprensión por el recurrente de la naturaleza y contenido de la figura descrita en el art 122 Cp , en la que se le declara incurso.

1.- En tal sentido hay que precisar que no se trata de una figura de carácter penal, que deba ser valorada con criterios de este orden, como el derecho a la presunción de inocencia ( art. 24.2 CE ) al que alude Teofilo como infringido en el segundo motivo de su recurso ( art. 852 Lecrim ).

En el orden probatorio, en este caso, hay que acudir a las reglas generales de "carga de la prueba", correspondiendo a quien afirma el aprovechamiento de bienes de origen ilícito que lo demuestre.

Y así lo ha hecho en este caso cumplidamente la Acusación afirmando hechos, que el recurrente no discute, como el de su titularidad, compartida con su esposa, respecto de la cuenta bancaria en la que se ingresaron las cantidades que ésta distrajo, y la realización desde dicha cuenta de operaciones y pagos que suponían un lucro para el recurrente.

Bastando tal constatación para considerar correcta la aplicación del precepto.

2.- Y otro tanto ocurre con los dos motivos restantes, que coinciden en afirmar que el recurrente no dispuso de las cantidades de referencia ( art 849.1º Lecrim ), pues no sólo el relato de hechos afirma tales disposiciones, sino que la actuación positiva del partícipe en estos supuestos no es necesaria, bastando, como en la presente ocasión acontece y está debidamente acreditado, con que el sujeto obtenga un lucro como consecuencia de la infracción cometida por **tercero**, tal como el correspondiente al pago del crédito hipotecario correspondiente a la vivienda familiar que se cobraba directamente de dicha cuenta.

Y ello, por supuesto, sin que tampoco sea precisa la presencia de dolo alguno o conocimiento por el partícipe de la infracción penal origen de su beneficio, ya que de concurrir ese conocimiento podríamos hallarnos **ante** una verdadera figura delictiva y no de la previsión del art 122, aquí tan correctamente aplicado.

Es por ello por lo que los tres motivos se desestiman.

#### RECURSO DE ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE LTD

**SÉPTIMO** .- El único motivo del recurso interpuesto por la entidad **aseguradora**, la compañía Arch Insurance Company Europe SLD , como responsable **civil**, se articula por infracción de ley al amparo del art 849 1º de la Lecrim , en relación con los artículos 16 , 19 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS ).

Alega la parte recurrente, en síntesis, que el seguro contratado por el Consejo General de los Procuradores para cubrir la **responsabilidad civil** profesional de la procuradora condenada en esta causa, que figuraba como asegurada, constituye un seguro de **responsabilidad civil** de los prevenidos en el art 73 LCS que, a su entender, no cubre cualquier **responsabilidad** en la que incurra el asegurado sino únicamente la **responsabilidad civil** por errores o faltas profesionales cometidos en el ejercicio de la actividad como Procurador, estimando la parte recurrente que la comisión de un delito de apropiación indebida, aunque se realice en el ámbito de las funciones de Procurador, no puede ser considerada un error o falta profesional, por lo que se exceden los límites contractuales que delimitan el riesgo cubierto y que, por su carácter objetivo, son oponibles a los **terceros** perjudicados.

Como segundo argumento de oposición a la condena impuesta se invoca el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007, y la posterior sentencia de 8 de mayo de 2007 , que aplica el Acuerdo adoptado, en relación con el principio de inasegurabilidad del dolo ( artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro ).

Y, en tercer lugar, se alega la inclusión en el contrato de una cláusula "Claim Made", argumentando que la reclamación a la **aseguradora** se formuló fuera del ámbito temporal de cobertura del contrato de **responsabilidad civil** aun cuando el hecho del que se deriva dicha **responsabilidad** tuviera lugar dentro del ámbito temporal del mismo.



**OCTAVO.-** En relación con la primera argumentación alega la parte recurrente que al extenderse la cobertura a los errores o faltas profesionales cometidos en el ejercicio de la actividad de Procurador, solo se cubren frente a los **terceros** perjudicados los supuestos de error o negligencia (por ejemplo, pérdida de la indemnización correspondiente a un cliente por ingresarla erróneamente en una cuenta equivocada), pero no los supuestos de extralimitación voluntaria en el ejercicio de las funciones de la procuraduría, que están fuera de la cobertura pactada.

Esta argumentación no puede ser compartida. El sentido del seguro de **responsabilidad civil** profesional, máxime cuando se contrata por el propio Colegio Profesional al que pertenece el asegurado, es precisamente dotar a las actividades desempeñadas por los profesionales de la Procura de una garantía eficiente de **responsabilidad** frente a **terceros**, de modo que quienes contraten a estos profesionales, y les confíen sus intereses patrimoniales, cuenten con la seguridad de que serán económicamente resarcidos en caso de pérdidas derivadas directamente de una mala praxis profesional, negligente o voluntaria.

Por ello se incluyen expresamente en la cobertura objetiva del contrato tanto la **responsabilidad civil** derivada de daños negligentes (errores) como voluntarios (faltas), **responsabilidad** que en ambos casos puede ser reclamada directamente al asegurador por el perjudicado ( art 76 LCS ), sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que el daño o perjuicio causado al **tercero** sea debido a conducta dolosa del asegurado, acción directa que es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado.

En consecuencia, en el caso actual, en el que la Procuradora condenada se apropió de determinadas cantidades pertenecientes a la parte perjudicada procedentes de procedimientos ejecutivos, recibidas de los órganos jurisdiccionales en el ámbito de su actividad profesional y precisamente como consecuencia de ella, ingresando dichas sumas en su propia cuenta y no entregándolas, como debería haber hecho, a la parte destinataria de las mismas, nos encontramos claramente **ante** una falta profesional de la que se deriva una **responsabilidad civil**, judicialmente declarada, manifiestamente cubierta frente a los **terceros** por el contrato de **responsabilidad civil** profesional en el que figura como tomador el Consejo General de Procuradores, sin perjuicio de la posibilidad del asegurador de repetir frente al asegurado, por el carácter doloso de su acción. Entenderlo de otro modo vaciaría de contenido efectivo el aseguramiento contratado.

**NOVENO.-** Como segundo argumento de oposición a la condena impuesta se invoca el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 24 de abril de 2007, y la posterior sentencia de 8 de mayo de 2007 , que aplica el Acuerdo adoptado, en relación con el principio de inasegurabilidad del dolo ( artículo 19 de la Ley de Contrato de Seguro ).

La doctrina de esta Sala es clara a este respecto (STS núm. 1137/1998, de 4 de diciembre , 17 de octubre de 2000 , 22 de junio de 2001 , 11 de marzo de 2002 , 127/2004, de 2 de febrero , 384/2004, de 22 de marzo y 2 de junio de 2005 , entre otras muchas). Lo que el artículo 19 de la Ley del Contrato de Seguro excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al asegurado un siniestro ocasionado por él de mala fe, pero no impide que el asegurador garantice la **responsabilidad civil** correspondiente frente a los **terceros** perjudicados.

Precisamente porque los responsables no pueden asegurar su propio dolo, la Ley reconoce al asegurador el derecho de repetir contra el asegurado, a fin de que el coste de la indemnización recaiga finalmente sobre el patrimonio de quién ocasionó el siniestro, pero sin vaciar de contenido la cobertura del contrato y su sentido social y económico, en relación con los perjudicados, los cuales deberán ser indemnizados siempre que la **responsabilidad civil** garantizada proceda de mala praxis profesional.

El seguro de **responsabilidad civil** es aquel en el que " *el asegurador se obliga a cubrir, dentro de los límites establecidos por la Ley y el contrato, el riesgo de quedar gravado el patrimonio del asegurado por el nacimiento de una obligación de indemnizar, derivada de su **responsabilidad civil*** " ( artículo 73 LCS ), y su función social y económica es ofrecer una garantía en determinadas actividades de riesgo, para que quienes en ella participen tengan garantizado el resarcimiento de los daños que puedan sufrir, que no se deriven de culpa o negligencia por su parte ( art 117 CP 95).

En el ámbito profesional, el seguro de **responsabilidad civil** ofrece no solo una garantía sino un reforzamiento de la profesión ejercida, que aparece **ante** el público como segura y fiable, en la medida en que los daños que puedan derivarse de la mala praxis profesional, negligente o voluntaria, están cubiertos por el seguro, y su cobertura indemnizatoria no va a depender de la eventual solvencia del responsable.

Es por ello que, para hacer compatible esta seguridad con el principio de inasegurabilidad del propio dolo, la norma legal introduce este razonable equilibrio de intereses. El asegurador responde en todo caso frente al perjudicado, pero con el derecho a repetir del asegurado en caso de dolo. No tendría sentido





**establecer legalmente la posibilidad de repetir frente al asegurado, si no fuera precisamente porque en dichos supuestos, el asegurador tiene la obligación de indemnizar al perjudicado.**

**DECIMO.** - El Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del día 24 de abril de 2007, no es aplicable al caso enjuiciado, pues se refiere al seguro obligatorio de automóviles y trata de definir su ámbito de cobertura, excluyendo los siniestros que no constituyen hechos de la circulación. Pero, en el caso actual, es claro que el siniestro que dio lugar a la **responsabilidad civil** constituye manifiestamente una falta profesional, cometida en el ámbito natural del ejercicio de las funciones del Procurador.

El referido Pleno no jurisdiccional excluye de la cobertura del seguro aquellos supuestos **en que el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar el daño del que deriva la obligación de indemnizar**.

Y la STS núm. 427/2007, de 8 de mayo, en la que se apoya la parte recurrente, establece la ausencia de obligación de responder por parte de las compañías aseguradoras, respecto de la **responsabilidad civil** derivada de actos dolosos cometidos **cuando el vehículo a motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito**, considerando que estos supuestos no constituyen hechos de la circulación, debiendo inferirse *a sensu contrario*, que dicha obligación concurre en el resto de comportamientos dolosos generadores de daños de los que se derive **responsabilidad civil**.

**UNDÉCIMO.**- En un Pleno anterior, de 6 de marzo de 1997, se había tomado el acuerdo de que las sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinasen **responsabilidad civil** para las víctimas, deberían incluir la condena a la entidad **aseguradora** dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se hubiese ocasionado "con motivo de la circulación", con lo que los supuestos jurídicamente conflictivos quedaban reducidos, en buena medida, a aquellos en que existía un dolo directo sobre el resultado.

El Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 24 de abril de 2007 vino condicionado por una serie de reformas legales relativas al seguro obligatorio, algunas no muy afortunadas, que trataban de delimitar el concepto de hecho de la circulación para excluir de la cobertura del seguro determinados comportamientos dolosos.

En primer lugar la reforma del Texto Refundido de la Ley sobre **Responsabilidad Civil** y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, incluida, con lamentable sistemática legislativa, en el art. 71 de la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En esta reforma se estableció (art 1 4º de la Ley sobre **Responsabilidad civil** y Seguro) que " **En todo caso no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes**".

Pronto se comprobó que esta norma no aportaba la claridad necesaria, y que el maximalismo pro-aseguradoras introducido de modo prácticamente subrepticio en una norma de especial relevancia social, conducía a consecuencias indeseadas de desprotección de las víctimas de la circulación en supuestos específicos.

Por ello la aprobación del Reglamento sobre **Responsabilidad Civil** y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Real Decreto 7/2001, de 12 de enero), tuvo que modificar esta previsión legislativa, aclarando que " *en todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal* ", para no dejar desprotegidas a las víctimas de determinados delitos dolosos cometidos en el ámbito de la circulación automovilística, que en cualquier caso son consecuencia del riesgo ocasionado por el manejo de instrumentos de acentuada peligrosidad como son los vehículos de motor.

Posteriormente el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre **Responsabilidad Civil** y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor dispone, en el art. 1º, que "1. *El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. (...).* 4. *Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes*".

Pero el Reglamento del Seguro Obligatorio (R.D. 7/2001, de 12 de enero), ya citado, establece, en su art. 3, 1º que *a los efectos de la **responsabilidad civil** derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes*



y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común "; y, en el art. 3, que " 4º .- Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el artículo 383 de dicho Código Penal " .

En definitiva, para los daños ocasionados en la comisión de delitos dolosos como la conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas, la conducción con temeridad manifiesta y puesta en peligro de la vida o integridad de las personas, o la conducción con consciente desprecio de la vida de los demás, opera siempre el sistema de cobertura obligatoria.

Por ello se produjo el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de esta Sala Segunda ( art. 264 LOPJ ) alcanzado el día 24 de abril de 2007 " no responderá la **aseguradora** con quien tenga concertado el seguro obligatorio de **responsabilidad civil** cuando el vehículo de motor sea **instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito** . Responderá la **aseguradora** por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor", modificando la exigencia de que el hecho constituyera una acción extraña a la circulación, aunque la nueva regla no puede excluir supuestos en los que el riesgo ocasionado por la potencialidad dañina de los vehículos de motor tenga una incidencia relevante en el daño ocasionado, y éste se haya producido ocasionalmente en el ámbito circulatorio, pues la expresión " **instrumento directamente buscado**" implica una cierta previsión en la utilización del instrumento.

A su vez la STS 338/2011, de 16 de abril , complementa la doctrina referida a la **responsabilidad civil** derivada de la circulación, señalando que el citado acuerdo plenario no excluye la obligación de pago de la **aseguradora** cuando junto al seguro obligatorio existe otro de carácter voluntario.

En cualquier caso, el acuerdo plenario invocado no resulta aplicable al caso ahora enjuiciado pues no nos encontramos **ante** un supuesto de **responsabilidad civil** derivada de un hecho de la circulación, sino **ante** un supuesto de **responsabilidad civil** profesional.

**DÉCIMOSEGUNDO.-** De forma más reciente la STS 365/2013, de 20 de marzo , reitera la doctrina de la **responsabilidad** de la **aseguradora** frente al perjudicado, incluso en supuestos dolosos, con una abundante argumentación.

*"El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo: nadie puede asegurar las consecuencias de sus hechos intencionados. Faltaría la aleatoriedad característica del contrato de seguro. Lo que hace la Ley es introducir una norma socializadora y tuitiva ... que disciplina las relaciones de la **aseguradora** con la víctima del asegurado. La **aseguradora** al concertar el seguro de **responsabilidad civil** y por ministerio de la ley ( art. 76 LCS ) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de **responsabilidad civil** surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa. En las relaciones internas y contractuales con el asegurado no juega esa universalidad: la **responsabilidad civil** nacida de un hecho intencionado ha de repercutir finalmente en el asegurado. Pero el riesgo de insolvencia de éste, la ley quiere hacerlo recaer sobre la **aseguradora** y no sobre la víctima.*

La acción directa otorga a la víctima un derecho propio que no deriva solo del contrato sino también de la Ley. Por tanto no se ve afectado por las exclusiones de cobertura. Al asegurador sólo le queda la vía del regreso. Que el regreso fracase por insolvencia del asegurado es parte de su riesgo como empresa.

Si no se admite ese binomio - inoponibilidad frente al **tercero**/repetición frente al asegurado - no es posible dotar de algún espacio a la previsión del art. 76 LCS sobre la exceptio doli. El principio de vigencia es una máxima elemental en materia de exégesis de un texto normativo. Obliga a rechazar toda interpretación que prive de cualquier operatividad a un precepto. Una norma querida por el Legislador ha de tener una significación, ha de ser aplicable a algún grupo de supuestos, por reducido que sea. La interpretación abrogante no es interpretación, es derogación por vía no legítima. Recordemos de nuevo el texto del art. 76 LCS : "El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a **tercero**. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al **tercero** perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".



Se desprenden inequívocamente tres premisas: 1º) El **tercero** perjudicado tiene acción directa frente a la **aseguradora** también cuando hay una actuación dolosa. 2º) La **aseguradora** no puede oponer frente a la pretensión del perjudicado la exceptio doli. 3º) Sí tiene derecho para repetir contra el asegurado."

Anticipándose al criterio expresado en algunos votos particulares de esta misma Sala, la referida STS 365/2013, de 20 de marzo, señala que "Se viene defendiendo desde hace años -y ese argumento se blandía con habilidad y "astucia", utilizando el calificativo que elogiosamente usaba un comentarista, en alguno de los votos particulares que han acompañado en ocasiones a los pronunciamientos de esta Sala (STS de 29 de mayo de 1997)-, que el art. 76 tendría como objetivo vencer las renuencias de las Aseguradoras a indemnizar o a consignar las cantidades. Se les privaría de una posible "excusa" para dilatar el pago (insinuación de que los hechos habían sido dolosos). Es una ingeniosa lectura del art 76. Pero si consigue hacer compatible su dicción literal con la tesis de la exclusión erga omnes de cobertura de los resultados dolosos, lo es a costa de romper moldes en la lógica jurídica. En efecto, tal entendimiento, analizado detenidamente, se derrumba por inconsecuente. Si fuese congruente habría que concluir que en esos casos si la repetición frente al causante resulta fallida por causa de insolvencia, la **Aseguradora** podría recuperar lo pagado de la víctima cuando estuviese ya acreditado y proclamado judicialmente el carácter doloso de los hechos. No se puede sostener que no tenía obligación de pagar pero que no puede recuperar lo "indebidamente" abonado. Si lo que se quiere con el art. 76 es que la **Aseguradora** pague en tanto se clarifica el suceso, una vez esclarecido no tiene sentido el art. 76 que cabalmente pregona que la **Aseguradora** no puede oponer el dolo al tercer perjudicado, tampoco cuando esté meridianamente claro que la actuación fue dolosa.

En este sentido es ilustrativa la STS Sala 1ª núm. 631/2005 de 20 de julio. Es un pronunciamiento recaído en el orden jurisdiccional **civil** que presenta por ello una singular peculiaridad. El carácter doloso de los hechos ya estaba proclamado judicialmente: el proceso **civil** mediante el que el perjudicado acciona frente a la **Aseguradora** con la base del art. 76 LCS se inicia cuando ya estaban ventiladas las **responsabilidades** penales. La insolvencia de los responsables **civiles** (principal y subsidiario) aboca al perjudicado a entablar el pleito **civil**. Pues bien, eso no es obstáculo para que la Sala Primera de este Tribunal sostenga que no puede oponerse la exceptio doli por impedirlo el art. 76 LCS que, por tanto, no es una mera prevención para orillar posibles excusas de mal pagador, sino una auténtica norma material de fondo. Es cierto que en ese supuesto hay diferencias importantes en cuanto entre el responsable penal y el perjudicado se interpone un tercer responsable **civil**. Pero a los efectos que aquí interesan eso no cambia la esencia del argumento: " a) No cabe duda alguna de que el art. 1º LCS obliga al asegurador a indemnizar a los perjudicados por el daño sufrido cuando se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, "dentro de los límites pactados" (lo que obliga, en todo caso, a dar cumplimiento a las Condiciones de la Póliza, en cuanto deban aplicarse), y que el art. 19 exime al asegurador de dicho pago, "en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado" (mala fe, en la que, indudablemente, hay que incluir el acto realizado con dolo por el asegurado, con lo que se excluirían, en principio, las consecuencias **civiles**, no asegurables, de los actos delictivos cometidos por dicho asegurado), pero hay que tener muy en cuenta que dichos preceptos son generales (incluidos en el Título I de la Ley reguladora), aplicables, inicialmente, a todas las clases de seguros, y por lo tanto, con la salvedad de lo que al respecto se diga para algún tipo o clase específico de seguro, de los que la Ley citada regula en sus apartados propios de ellos. Indudablemente (y los seguros de robo y especialmente el de incendio, serían un exponente claro de la aplicación de esa regla), no se pueden asegurar los propios delitos cometidos por el tomador del seguro, como propio asegurado, en cuanto el dolo va unido a, o está formado por, la intención de obtener una ganancia o beneficio a través del delito o acto ilícito o de mala fe, producido, y ello con evidente perjuicio, a través del engaño o la superchería, para el asegurador.

Ello no obstante, y en relación con el Seguro especial, de "**responsabilidad civil**" (Sec. 8ª, del Tít. II de la L. C.S., que trata, en sus distintas Secciones, pormenorizadamente, y entre ellos, del indicado, de los "Seguros de Daños"), figura el art. 76, según el que, "el perjudicado, o sus herederos, tendrán "acción directa" contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a "repetir" contra el asegurado, en el caso de que sea debido a "conducta dolosa" de éste, el daño causado a **tercero**".

Este precepto, y ello disintiendo, en el presente caso, de la doctrina que pudo declarar lo contrario, constituye una norma especial, y, por lo tanto, de preferente aplicación para el seguro de que se trata (conforme al principio de que la "ley especial deroga a la ley general en lo que aquélla regula") sobre la regla general del art. 19 (que eliminaría, para los seguros que no tienen esa prevención, la excepción a la **responsabilidad** de la **aseguradora**, por "mala fe" del asegurado, o sea, por conducta "dolosa" o "delictiva" del mismo).

Esta misma regla especial se recoge en las Condiciones Generales de la Póliza aquí aplicable ( art. 20-2 de las mismas), y debe, por ello, la misma aplicarse, también por voluntad de las partes (conforme al pacto : art. 1º LCS).

... Es de mantener también, como se dice en la motivación del Recurso, la razonable fundamentación de las Sentencias en ella recogidas, en cuanto a distinguir la eficacia del Contrato de Seguro de **Responsabilidad Civil**



en dos frentes, el propio del mismo asegurado, en relación con la preservación o protección de su particular patrimonio, y el general, de instrumento de tutela (sea el seguro obligatorio o voluntario) de los derechos de las víctimas o perjudicados (desarrollo del amparo dentro del aspecto de la victimología, tan protegido en otros Derechos, como el francés), por lo que en la actuación jurídica de la Póliza en este caso, y dada la insolvencia del responsable directo, y del subsidiario del mismo, primaría este último aspecto.

Se han ensayado otras interpretaciones para salvar la literalidad del art. 76 en lo que se refiere a la exceptio doli negando al mismo tiempo la obligación de la **aseguradora** de afrontar las indemnizaciones en los casos de daños dolosos.

Se ha intentado limitar la previsión a los casos de dolo eventual. Pero con ello no solo se cuartea el principio que se quiere salvar (no cobertura del dolo), sino que además sin base se fuerza la dicción del art. 76 LCS.

También se ha sugerido que el precepto estaría pensando en delitos contra la seguridad vial, dolosos pero solo en relación al peligro no en cuanto al resultado. Pero esa exégesis tampoco cohonesta bien con la dicción del precepto que habla de daño o perjuicio causado por conducta dolosa; amén de suponer una visión muy reduccionista de esa previsión que está pensando en todos los seguros de **responsabilidad civil** y no únicamente en los concertados en el ámbito de la circulación rodada.

**Conviene insistir de nuevo en que el art. 76 LCS rige para todos los seguros de responsabilidad civil.** En los repertorios de jurisprudencia se encuentran casos nada infrecuentes en que tal previsión ha servido de soporte para que la **aseguradora** indemnice al perjudicado "sin perjuicio del derecho de repetir" por conductas dolosas surgidas con motivo del ejercicio de profesionales liberales (vid. SSTS 384/2004, de 22 de marzo, o 2172/2001, de 26 de noviembre referidas ambas a defraudaciones imputadas a abogados, o con matices diversos, la STS 173/2009, de 29 de marzo en el ámbito sanitario).

Explica la STS 1240/2001, de 22 de junio que contempla precisamente un supuesto de **responsabilidad** de la **aseguradora** para hacer frente a la indemnización nacida de un delito de estafa: "Una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del asegurado. En esos casos, el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria, tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable. El **tercero** inocente es ajeno a todo ello y ostenta por eso aquella acción directa e inmune del artículo 76 que rige con especificidad en la materia por lo que como norma singular es prevalente.

El mismo dato de que prevea la posibilidad de la repetición es revelador de que ha habido obligación legal y su pago por el asegurador, si no tal previsión sería ociosa.

El artículo 19 lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por el siniestro producido por mala fe de éste.

El seguro de **responsabilidad civil** constituye tanto un medio de protección del patrimonio del asegurado como un instrumento de tutela de los **terceros** perjudicados. En consecuencia se trata de amparar a las víctimas dando cobertura a las indemnizaciones procedentes con independencia de que el evento generador del daño sea un ilícito **civil** o un ilícito penal, sea culposo o doloso... se alega, en primer lugar, el principio de no asegurabilidad del dolo. Sin embargo lo que prohíbe dicho principio es que el agente asegure su patrimonio contra las consecuencias negativas que se le pueden derivar de sus propios comportamientos dolosos, pero no que se establezca un sistema obligatorio de protección a las víctimas de una determinada fuente de riesgo que garantice a las mismas un nivel básico de cobertura frente a los daños sufridos, con independencia de que el origen del daño sea un ilícito **civil** o penal, doloso o culposo. La diferencia no afecta a la víctima, pero sí al autor: si el comportamiento causante del daño fue culposo, el seguro ampara a la víctima sin posibilidad de repetición es decir que también exonera al causante del daño de su **responsabilidad civil**. Si el acto es doloso, el seguro ampara igualmente a la víctima, pero se puede repetir contra el causante del daño pues al ser doloso el acto la **responsabilidad** del causante no se elimina con el pago del seguro, sino que se le exige por el asegurador.

Y es que cabalmente el art. 76 LCS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor de la cual la **aseguradora**, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el Legislador, es que sea la **aseguradora** la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada.

Legalmente se asigna al seguro de **responsabilidad civil** una función que va más allá de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social. La finalidad de la prohibición del aseguramiento de conductas dolosas (art. 19) queda preservada porque el responsable por dolo es en definitiva



la persona a la que el ordenamiento apunta como obligado al pago. Pero frente a la víctima, la **aseguradora** no puede hacer valer esa causa de exclusión. El dogma "el dolo no es asegurable" permanece en pie. Cosa diferente es que modernamente el contrato de seguro de **responsabilidad civil** haya enriquecido su designio primigenio como instrumento de protección del patrimonio del asegurado. La ley le ha adosado otra función: la protección del **tercero** perjudicado. Si se quiere, es un riesgo no cubierto. No hay inconveniente en aceptarlo. Pero la ley -art 76- por razones de equidad ha querido expresamente obligar al asegurador al pago frente al **tercero**. La exclusión del riesgo en este caso, por voluntad explícita de la ley, solo hace surgir el derecho de regreso".

La alegación de la parte recurrente debe, por todo ello, ser desestimada.

**DECIMOTERCERO.-** En tercer lugar, se alega la inclusión en el contrato de una cláusula "Claim Made", argumentando que la reclamación a la **aseguradora** se formuló fuera del ámbito temporal de cobertura del contrato de **responsabilidad civil** aun cuando el hecho del que se deriva dicha **responsabilidad** tuviera lugar dentro del ámbito temporal del mismo.

Según consta en las actuaciones el contrato de seguro suscrito por el Consejo General de Procuradores tuvo vigencia entre el 1 de abril de 2005 y el 31 de marzo de 2006, figurando como asegurada la acusada; por tanto en la fecha en que se produjeron los hechos (junio y septiembre de 2005), la póliza desplegaba todos sus efectos.

Según la póliza de Arch Insurance el tomador del seguro era el Consejo General de los Procuradores de los Tribunales y los asegurados los miembros en el ejercicio de la profesión del Ilustre Colegio de los Procuradores de los Tribunales de Madrid. El período de seguro se extendía desde el día 1 de abril de 2005 hasta el 31 de marzo de 2006 y el límite básico obligatorio por siniestro y agregado anual por asegurado era de 601.012,10 euros. En las condiciones particulares se hace constar que es una póliza en base a reclamaciones, por lo que sus coberturas se aplican a las reclamaciones que se presenten por vez primera contra el asegurado y se notifiquen al asegurador durante el período de seguro respecto de errores o faltas profesionales cometidos tanto con anterioridad a la fecha de efecto de la póliza como durante el período de seguro, salvo que se acuerde una fecha retroactiva diferente.

Como destaca la sentencia de instancia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre las cláusulas de delimitación temporal, y la interpretación del art. 73 de la LCS, entre otras, en la sentencia de 19 de junio de 2012, recordando que el segundo párrafo del art. 73 de la LCS establece que: "*Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados ajustadas al artículo 3 de la presente Ley que circunscriban la cobertura de la **aseguradora** a los supuestos en que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración*".

Como recuerda la sentencia de instancia, esta Sala ha declarado que las cláusulas de delimitación temporal o "claims made" que buscan desplazar la deuda de **responsabilidad** al momento en que se produce la reclamación, al margen del seguro vigente al producirse el siniestro, **han sido aceptadas por la jurisprudencia únicamente en tanto fueran en beneficio y no perjudicaran los derechos del asegurado o perjudicado, reputándose como lesivas en caso contrario** ( SSTS de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992 ), ya que una interpretación contraria llevaría al absurdo de excluir de la cobertura daños causados en fecha próxima a la expiración de la póliza pero que los asegurados no hubieran podido comunicar a la **aseguradora** porque nada se les habría reprochado ni reclamado todavía.

Remitiéndonos a la fundamentación de la sentencia impugnada, que hacemos nuestra, **la citada cláusula se contrae a precisar convencionalmente el ámbito temporal del contrato y debe ser entendida en la relación interna entre las partes que la suscribieron, con posibilidad de ser aducida y opuesta al asegurado, pero no frente a terceros perjudicados** al tratarse de una excepción de carácter personal, eficaz **ante** la otra parte de la relación contractual pero inoponible por aplicación del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, caso de que se ejercite la acción directa contar el asegurador, todo ello sin perjuicio del derecho de repetición que compete al asegurador frente al asegurado; la **aseguradora** debe hacer frente a las consecuencias económicas derivadas de la cobertura del seguro de **responsabilidad civil**.

Procede, por todo ello, la desestimación del recurso interpuesto por Arch Insurance, así como los de todos los recurrentes, con imposición de costas.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR a los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de la acusada, Andrea, del declarado partícipe a título lucrativo, Teofilo, y de la Responsable **Civil** Directa,



ARCH INSURANCE COMPANY EUROPE LTD, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, de fecha 26 de septiembre de 2013 en causa seguida a dicha acusada por delito continuado de apropiación indebida. Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Candido Conde-Pumpido Touron Jose Manuel Maza Martin Manuel Marchena Gomez Ana Maria Ferrer Garcia Perfecto Andres Ibañez

### Voto Particular

#### VOTO PARTICULAR

FECHA:25/07/2014

#### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jose Manuel Maza Martin A LA SENTENCIA N° 588/2014, recaída en el recurso n° 2287/13.

Con el máximo respeto que siempre me merece la opinión mayoritaria de este Tribunal y sin disentir de ella en el resto de consideraciones y pronunciamientos que contiene, sí que he de discrepar, sin embargo, respecto de la decisión relativa a la desestimación del motivo conducente a la exclusión de la **responsabilidad civil** de la entidad **aseguradora** que recurre la Resolución de instancia tan sólo en relación con este concreto aspecto.

Ya son varias las ocasiones en las que he tenido que formular Votos Particulares como el presente, discrepando de los criterios que aplica la mayoría de los integrantes de esta Sala acerca de la atribución de **responsabilidad civil** directa a las Compañías aseguradoras, cuando de las consecuencias perjudiciales de un delito doloso cometido por el asegurado se trata (vid. VsPs unidos a las SsTS de 2 de Junio de 2005 , 8 de Enero de 2007 , 22 de Febrero de 2010 ó 20 de Marzo de 2013 ), por lo que tengo aquí por reiterados todos los argumentos de carácter genérico ya incluidos en esos supuestos, tales como los relativos a la interpretación del principio general de la inasegurabilidad del dolo, que no debería restringirse al resarcimiento al propio asegurado de las consecuencias derivadas de su actuar intencionado sino que habría de ostentar un alcance más general dentro de una correcta comprensión del contrato de seguro, tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico como económico, actuarial y de la propia función social del contrato de seguro, o bien los razonamientos relativos a por qué se establece en la Ley el derecho de repetición contra el asegurado cuando de uno de estos casos se trata, lo que no significa más que la previsión legal necesaria para posibilitar que en aquellos supuestos en los que la **Aseguradora** abonó indebidamente la indemnización pueda recuperar ese abono cuando, con posterioridad al adelanto, los Tribunales de Justicia califican como doloso el hecho causante de los perjuicios y de su reparación, incluso sin que el precepto que contiene ese derecho de repetición excluya para la **aseguradora** que pagó (como parece entender la STS de 20 de Marzo de 2013 que con tanto énfasis citan mis compañeros) la posibilidad de accionar contra el propio perjudicado en aquellos supuestos en los que el asegurado resulte insolvente, sino que, antes bien, esa sería la consecuencia jurídicamente más lógica **ante** la frustración del derecho a repetir que ostenta la entidad, toda vez que si éste se le otorga no era sino precisamente en reconocimiento a que no era ella la obligada a satisfacer la reparación.

No obstante, hay que tener presente que los aludidos Votos particulares hacían en su mayor parte (con excepción del que acompaña a la STS de 22 de Febrero de 2010 ) referencia a hechos relativos a la circulación de vehículos a motor en los que rige una forma de aseguramiento obligatorio y una regulación específica, extremos en los que inicialmente fundamentaban distintos integrantes de esta Sala la obligación de resarcimiento de las Compañías por la naturaleza social del Seguro obligatorio hasta que la normativa cambió, excluyendo expresamente el hecho doloso del ámbito de ese Seguro, pasando a afirmar (lo que no se había hecho hasta ese momento), que la obligación de resarcir existía en relación con el Seguro voluntario tan sólo.

El presente supuesto presenta la peculiaridad de que nos hallamos **ante** un delito de apropiación indebida que, para comenzar, ni tan siquiera ofrece esa alternativa imprudente que en las infracciones relacionadas con el tráfico rodado permitiera pensar en hipótesis de extensión de la inicial cobertura asegurada, con el complemento ulterior de la repetición contra el asegurado, autor del ilícito.

Por lo tanto, dicho derecho de repetición deviene aquí exorbitante toda vez que la entidad en ningún momento debiera tener ni tan siquiera una eventual obligación de indemnizar perjuicios derivados de hecho semejante, si se entiende, como yo sostengo, que **ante** lo que nos hallamos en supuestos como éste es sencillamente frente a siniestros que son del todo ajenos a la cobertura del seguro.



Y ello puesto que, en efecto, la cuestión central del problema no es otra que la de determinar si la actividad productora del perjuicio se encuentra cubierta por la correspondiente póliza o si, por el contrario, es tan ajena a la misma como lo serían unos daños causados por inundación para un seguro de incendios.

Porque el artículo 117 del Código Penal es claro cuando atribuye a los aseguradores **responsabilidad civil** directa, en reparación de los perjuicios causados por la infracción, tan sólo para los casos en los que *"...hubieren asumido el riesgo de las **responsabilidades** pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad..."*

Y afirmar que la apropiación indebida cometida por la recurrente es un riesgo asumido por la **Aseguradora** de la póliza de **responsabilidad civil** contratada por el Colegio de Procuradores, me parece un exceso contrario a Derecho, dicho sea con todos los respetos para la opinión de mis compañeros que, además, constituyen mayoría.

Ello máxime cuando, al tratarse de un seguro voluntario, las cláusulas contractuales, fuente de obligación para la parte, excluyen expresamente los hechos dolosos del ámbito de lo asegurado, sin que puedan existir a mi juicio razones de índole *"socializador"* o metajurídico que permitan extender a supuestos distintos las concretas obligaciones voluntariamente contraídas por las partes, ni aún en sus efectos frente a **terceros**.

En tal sentido, como ya hemos tenido oportunidad de reiterar en ocasiones anteriores, la acción directa y prohibición de excepcionar frente al perjudicado por el evento, contenidas en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, requieren como elemento previo inexcusable el que el siniestro en el que los perjuicios se han producido se encuentre amparado por el contrato.

Inexistente tal premisa, la consecuencia que lleva a la obligación indemnizatoria por **responsabilidad** directa y sus corolarios de imposibilidad de formular excepciones frente al perjudicado y el consiguiente derecho de repetición contra el asegurado, devienen insostenibles por ausencia de la originaria fuente de la obligación cuyo contenido, tratamiento y efectos son abordados en el referido precepto.

Y éste, sin duda, es el supuesto **ante** el que nos hallamos, por lo que, en definitiva, considero que, con base en los anteriores argumentos, debería haberse estimado el Recurso de la Compañía **Aseguradora**, excluyendo su **responsabilidad civil** directa frente a los perjuicios ocasionados con la comisión del delito de apropiación indebida objeto de enjuiciamiento.

Jose Manuel Maza Martin

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Candido Conde-Pumpido Touron, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.