

**VEREDICTO EJEMPLAR nº2/17.** Cátedra Fundación INADE  
UDC. Caso “pago de fianzas cautelares”. A Coruña a 16 de febrero de 2017.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-**Mediante Auto de 22/12/2017 este Juzgado de Instrucción admitió a trámite la querrela dirigida contra Guillermo Walker y Felipe Castro-Vidal. En las presentes Diligencias Previas se dictó resolución de 18 de enero requiriendo a los investigados la prestación de fianzas de aseguramiento de responsabilidades pecuniarias; la entidad INTERSEGUROS avaló a los querellados por importes respectivos de tres y cuatro millones de euros. Dado traslado al Fiscal, interesa se rechacen esas fianzas. Las partes fueron convocadas a una audiencia en el día de la fecha que se celebró con el resultado documentado en acta y donde se expusieron por el Sr. Peña y la Sra. Medina las alegaciones que constan unidas a aquélla.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Los motivos iniciales de la propuesta del Ministerio Fiscal conciernen a *la antítesis del dolo directo y la cobertura aseguradora*. Con otras palabras, invoca el principio de prohibición de aseguramiento del dolo de cara a sostener la tesis de la improcedencia de las fianzas de 3 y 4 millones de euros prestadas por “INTERSEGUROS” en la pieza separada de responsabilidad civil abierta en este procedimiento y tras el dictado del Auto de 18 de enero.

La adecuada resolución del argumento impugnativo del sistema cautelar real o avales de la aseguradora a los investigados por la presunta comisión de delito de administración desleal (art. 295, actual 252.1 del Cód. Penal) aconseja revisar el **panorama jurisprudencial en la materia**, desde el punto de vista, claro, de la jurisdicción penal. Los hitos principales de la doctrina legal al respecto pueden resumirse de la siguiente manera:

STS, PENAL de 2 de junio de 2005, nº 707/2005

Recurso: 939/2004

Ponente: DIEGO ANTONIO RAMOS GANCEDO

Supuesto: *Apropiación indebida realizada por Mediador de Seguros*

".....Esta cuestión de la denominada "**exceptio doli**" ha sido analizada en numerosos precedentes jurisprudenciales, de los que podemos citar como exponentes las SS.T.S. de 17 de octubre de 2.000 y 11 de marzo de 2.002 , en las que se establece el criterio de no considerar un impedimento para asegurar las responsabilidades civiles el que éstas dimanen de actos dolosos, por cuanto el **principio de no asegurabilidad del dolo**, acogido en el art. **19** de la Ley de Contratos de Seguro , lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por la mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a los terceros sea debido a la conducta dolosa del asegurado, disponiendo en este caso el asegurador de la facultad de repetición contra el asegurado reconocida expresamente por el art. **76** de la Ley de Contrato de Seguro. Ha de recordarse que el art. **117** del nuevo Código Penal dispone, con carácter general, que "los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando como consecuencia de un hecho previsto en este Código se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien legalmente corresponda.

Cabe añadir, por otra parte, que dentro de los términos genéricos del art. **73** de la Ley de Contrato de Seguro que define el seguro de responsabilidad civil, no excluye los daños provenientes del ilícito penal, ocasionados a terceros, por así desprenderse del art.76 de la Ley de Contratos de Seguro ("conducta dolosa del asegurado") y del art. 117 del Código Penal ("responsabilidades pecuniarias.... consecuencia de un hecho previsto en este Código").

Por consiguiente, puede concluirse afirmando que los perjudicados por la acción dolosa del acusado como terceros que son, disponen de la acción directa contra la Compañía (art. 120-4 Cód.Penal , en relación al 76 de la Ley de Contrato de Seguro y 117 CP) debiendo responder el Seguro de forma directa (por subrogación) de las cantidades fijadas en concepto de responsabilidad civil al acusado, y ello sin perjuicio del derecho de repetición contra éste

Por lo que ha de declararse la responsabilidad civil de la recurrente, en su condición de aseguradora de la conducta profesional del condenado, **incluida la posibilidad de apropiación dolosa de las cantidades percibidas**, lo que formaba parte, sin duda, de esa actividad profesional, objeto de aseguramiento,

sin sometimiento, por otra parte, a restricción alguna, derivada de franquicia, dado que semejante limitación opera tan sólo, por su propia naturaleza, en las relaciones existentes entre la aseguradora y su asegurado y no frente a terceros perjudicados por la conducta de éste”.

STS, PENAL del 20 de marzo de 2013, nº365/2013

Recurso: 1357/2012

Ponente: ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Supuesto: *Tentativas de homicidios con un automóvil Seat-León*

*“....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 culposos 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 culposos, 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”.*

...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.

Se ha dicho que de esa forma se está desnaturalizando la concepción del seguro. Es una objeción solvente: pero hay que dirigírsela al legislador. En cualquier caso la previsión legal tampoco aparece como algo absolutamente extravagante en un panorama normativo en el que se transfieren cada vez más riesgos de daños y accidentes de la esfera individual a la social, y se busca no solo proteger el patrimonio del autor del hecho dañoso, sino también obtener una indemnización ágil para la víctima ajena al seguro que ha padecido los daños.

*En el sector de los seguros de responsabilidad civil, el fundamento de la prohibición de aseguramiento del dolo responde a razones diferentes de las que rigen en otros seguros (daños, incendios).* Por eso el principio de inasegurabilidad del dolo en este tipo de seguro se puede implementar por **dos vías alternativas:**

La posibilidad más simple es exonerar a la Compañía de seguros de la obligación de hacer frente a la indemnización. La víctima, entonces, podría dirigir su reclamación indemnizatoria únicamente frente al asegurado-causante doloso del daño. Se hablaría de una exclusión de cobertura oponible al tercero perjudicado.

*Cabe una solución diferente que es la asumida en nuestro ordenamiento:* obligar a la aseguradora a abonar a la víctima del daño la indemnización correspondiente, pero permitiéndole repetir lo pagado contra el asegurado. Se concede a la Compañía de seguros un **derecho de regreso** frente al asegurado que le permita recuperar lo pagado por daños intencionados.

Es legítima esa segunda opción. Puede discutirse sobre su corrección, sobre su conveniencia desde la perspectiva de un análisis económico del derecho (como, en efecto, se ha hecho apuntándose curiosamente que esa óptica economicista aconsejaría implementar esa solución solo para el seguro obligatorio), o sobre la necesidad de mantenerla una vez que se ha construido un sistema efectivo para cubrir los daños de víctimas de delitos violentos. *Puede discreparse. Pero que hoy por hoy es el sistema encarnado por el art. 76 LC Seguro no puede negarse sin traicionar la dicción de esa norma.*"

STS, PENAL del 25 de julio de 2014, nº 588/2014

Recurso: 2287/2013

Ponente: CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURON

Supuesto: *Apropiación indebida de un Procurador de los Tribunales*

"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.**

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...*

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..."

STS, PENAL del 15 de octubre de 2015, nº 615/2015

Recurso: 10306/2015

Ponente: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO

Supuesto: *Apropiación indebida por Administrador de Fincas*

"... En cuanto a la exclusión de los riesgos por haberse ocasionado el daño en desviación de la ley es cuestión que la sentencia de instancia resuelve de forma acertada de conformidad con la doctrina precedente de esta Sala.

Efectivamente, la STS 588/2014, de 25 de julio, con abundante de cita de resoluciones anteriores, examina las consecuencias del seguro de responsabilidad civil profesional frente a terceros en supuestos de acciones dolosas, donde concluye que:

Por tanto la consideración ilícita, incluso dolosa de la actuación del colegiado asegurado en el ejercicio de su actividad profesional, no excluye la reclamación directa del perjudicado a la aseguradora.”

**SEGUNDO.** - Así las cosas, y sin necesidad de mayor complemento argumentativo, la línea de rechazo articulada en los apartados 1º y 2º del informe del Fiscal no es compartida por el Juzgado, que hace suyas las consecuencias que se siguen de la posición jurisprudencial al respecto y las alegaciones de la defensa de los investigados Walker y Castro-Vidal, sin olvidar que, en último término, son perfectamente diferenciables y susceptibles de escisión las cuantías señaladas en concepto indemnizatorio de las correspondientes a multas y costas, por más que *ab initio* se engloben en la prevención del art. **589** LECrim. Esto es algo especialmente subrayado en el informe de la Defensa, que acertadamente también hace hincapié en el manejo artificioso del futuro de una acción de repetición en juicio civil de pronóstico incierto y resultado no relevante ahora. Sí lo es anotar la analogía de alguno de los ejemplos jurisprudenciales con el actual; el novedoso tipo del art. **252** CP abre un campo muy amplio a la figura de la administración desleal, ya separada de los delitos societarios y asimismo autónoma en relación con la apropiación indebida (esta cuestión fue objeto de una extensa interpretación jurisprudencial diferenciadora de las conductas *apropiación* y *distracción*, y la disciplina concursal: vid. por todas la STS, Penal de 26/01/2017, nº 31/2017).

El amplio círculo de la autoría y participación previsto en la norma vigente desde el 1 de julio de 2015 parece que permitirá considerar sujetos activos del delito de administración desleal *a todos* los que tengan facultades para administrar un patrimonio ajeno, “ emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico”, o sea, padres, tutores, representantes de ausentes, albaceas, contadores testamentarios, mandatarios, gestores sin mandato, administradores de propiedad horizontal o de fincas o concursales o de entidades intervenidas judicialmente, gestores de patrimonios separados o en liquidación, órganos de dirección de asociaciones recreativas, culturales o deportivas, directivos de Colegios Profesionales, administradores de sociedades de capital o de comunidades de bienes, etc.; a resaltar que la ley ya no reclama ánimo de lucro ni beneficio económico del que administra, aunque sí le cabría el beneficio de la excusa absolutoria entre parientes del art 268 del Código Penal.

**TERCERO.**-Al hilo de lo anterior, anotamos que la función calificadora del Instructor tiene que ver con la **suficiencia** de las fianzas (art.**596**), porque, en principio, son posibles todas aquellas que garanticen el cumplimiento de las futuras obligaciones de pago con "*inmediata disponibilidad*" (art.**591**). Las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no parecen contemplar una excepción de admisibilidad fuera del marco cuasi constitucional del art. **6**, epígrafes 3 y 4 del Código Civil. Nótese que la Ley de Enjuiciamiento Civil -de aplicación supletoria : art.**4**- habla en la vista del art.**734** de alegaciones acerca del "tipo y cuantía de la caución", y no otras, y que la caución sustitutoria podrá revestir cualquiera de las formas del art.**529** LEC, esto es, dinero, aval solidario pagadero a primer requerimiento, o cualquier otro medio que queda sometido a la pauta de juicio sobre la garantía de inmediata disponibilidad. No constan otros filtros en este estado preliminar de la causa; no operamos en el ámbito de formalización de la imputación (art.**779.1.4ª**), ni mucho menos en el de apertura de juicio oral del art.**783.2**, fase donde sí es obligada la resolución sobre adopción, modificación, suspensión o revocación de medidas cautelares reales. Eso explica la formulación por la Acusación Pública de postulados iuscivilistas ligados a la noción de orden público o a los límites de la autonomía contractual.

En cuanto al primero, ya sostenía Díez-Picazo que el **orden público** en el sentido del art.**1256** CC es un límite "de gran dificultad e imprecisión", acaso equivalente a "la organización general de la comunidad o sus principios fundamentales y rectores", como son las materias estrictamente situadas dentro del orden constitucional ( p.ej .la dignidad de la persona, sus libertades básicas ,su derecho a la igualdad y a la no discriminación) que no pueden quedar impedidas o menoscabadas por pactos o contratos de los particulares. La jurisprudencia vinculó desde siempre ese concepto a los principios que son "absolutamente obligatorios para la conservación del orden social"; en el derecho alemán se optó por prescindir de la contravención al orden público y la referencia lo es a las "*buenas costumbres*", y así un negocio jurídico es nulo "cuando niegue los valores a cuya realización, según la convicción jurídica vigente, está llamado el Ordenamiento jurídico, de modo que el reconocimiento del negocio que niegue esos valores sea inconciliable con el sentido y la misión del Derecho"(W.Flume).

No se identifican, en el caso concreto, marcadores de la infracción de una norma imperativa o prohibitiva o que patenten una grave disconformidad con el respeto debido a la Ley. No están en riesgo los fines del proceso penal -cuyo objeto no responde a una imagen fija: SS.TS.6/10/2014 y 3/11/2015-, ni la regulación jurídico-negocial del afianzamiento debatido es circunstancialmente contraria a los intereses de terceros ni los de la comunidad. De hecho, **la póliza de 2013 se ha ido prorrogando hasta diciembre de 2017**, es decir, lejos del



cese de los querellados en la empresa (junio de 2015), dato no precisamente de bagatela si se quiere analizar la cuestión en su contexto completo y sin interpretaciones extensivas carentes de refrendo normativo.

El ***principio de personalidad*** significa que la pena no puede imponerse sino a sujetos individuales; con todo, el Código contempla penas aplicables a las personas jurídicas:art.**33.7**.Pero, en lo que ahora interesa, la póliza cubre única y exclusivamente “ *la eventual responsabilidad civil de la persona asegurada*”, y no, por tanto, la multa que podría imponerse por la realización del tipo de administración desleal del derogado art.**295**; “podría” en tanto que la ley asigna respuestas alternativas: prisión de 6 meses a 4 años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido, en redacción muy diferente a la del actual art. **252** que ni requiere la obtención de lucro patrimonial ni contiene una sanción propia (remite a las previstas para la estafa :arts. **249** ó **250**). Por consecuencia, nos movemos en el régimen del art.117, estando condicionada la responsabilidad civil por cuotas a la declaración de responsabilidad penal; otra cosa es, como se indicó, que en la exigencia de fianza computen todas las posibilidades pecuniarias, sin perjuicio de deslindarlas en la ejecutoria.

En cuanto a la alegación de ***causa contractual torpe***, cabe recordar que el art.**1277** del Código Civil presume la licitud de la causa “mientras el deudor no pruebe lo contrario”. En el caso, no hay *abusividad* en un texto asegurador que es ajeno al concepto de condiciones generales y que fue acordado en circunstancias no merecedoras de la “técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando éste se ha obligado en base a cláusulas no negociadas individualmente” (SS.TS.1ª de 30/04/2015 y 3/06/2016); tampoco es factible considerar *falta de transparencia* que provoque una alteración subrepticia del “equilibrio subjetivo de precio y prestación “(SS.TS 1ª de 29/04/2015 y 14/07/2016), cuestión ya no invocada por la Fiscalía. Resta, consiguientemente, el recurso a la moral: art.**1275** CC.

De nuevo, la entrada en escena de grandes principios suele ocultar la carencia de una norma que apoye la tesis prohibitiva : no se alude a la contravención legal expresa en el art. 1275. Según De Castro, el vocablo “***moral***” aquí utilizado es sinónimo de “buenas costumbres” que emplea repetidamente el Código. Cuando se habla de moral , se suele hacer referencia a los principios éticos de convivencia social vigentes en una sociedad determinada, y la jurisprudencia declaró ya en 1941 que en el concepto de causa ilícita entraban las convenciones que, no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuridicidad, son ilícitas por el matiz inmoral que revista la operación en su conjunto, aunque en la casuística de los tribunales civiles no consta una declaración de ineficacia como la estudiada en esta resolución ni siquiera acudiendo a la tesis de incorporación de los motivos a la causa. No es sencillo

construir la anticipada nulidad del contrato de seguro so pretexto de que no responde a una conducta moral exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas; no se aprecia irracionalidad ética de la intención práctica perseguida por las partes, que, se mire como se mire, tutela intereses económicos de terceros eventualmente perjudicados si ocurre la insolvencia de los administradores, y no solo beneficia a éstos que son sujetos de la acción de reembolso o de repetición.

Ni que decir tiene que el Juzgado decide desde lo que el Tribunal Constitucional llama "estricto acantonamiento" al ordenamiento jurídico, y no en función de "ejemplos" o "mensajes" con destinatario incierto, tal y como parece entender el dictamen de la Fiscalía.

**CUARTO.**-Por lo expuesto, no procede el rechazo de la póliza de seguro concertada entre "Vanguardias del Noroeste" e "Interseguros", y se declara suficiente el aval de la aseguradora a los efectos del Auto de 18 de enero, sin perjuicio de apercibir a los investigados del contenido del art. **257.1.2º** del Código Penal y de lo que resulte del curso de la causa en su incidencia en esta Pieza Separada.

### **VEREDICTO**

Desestimo la solicitud del Fiscal y declaro suficiente la fianza de responsabilidad civil objeto de esta resolución.

Fdo: Ángel Judel Prieto.