

**C. DERECHO
PENAL**

**MALVERSACIÓN.
RESPONSABILIDAD CIVIL**

**Núm.
21/2004**

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO
Fiscal

• **ENUNCIADO:**

Pedro Macías Gárate, administrador de loterías, con motivo de los sorteos celebrados el 23, 26 y 28 de noviembre de 2000, vendió billetes por importe de 36.789 euros, que no ingresó al Estado, razón por la cual se produjo la correspondiente reclamación penal y civil.

El citado tenía concertado un seguro con la compañía Zafrar, siendo tomador del seguro Pedro y beneficiario o asegurado el Estado, en la entidad Organización Nacional de Loterías y Apuestas del Estado. En consecuencia, con el seguro concertado y a falta del preceptivo ingreso no realizado de Pedro, la compañía abona al Organismo de loterías los 36.789 euros, al ser la contingencia objeto de cobertura.

El cálculo del importe defraudado fue sencillo de hacer, porque el expediente administrativo incoado permitió deducir el importe en función de las ventas realizadas de números de lotería y de los billetes no devueltos, indebidamente retenidos éstos e indebidamente retenidas aquellas cantidades por Pedro Macías Gárate.

Quedó así pendiente la responsabilidad de Pedro, tanto penal como civil, y el derecho de la compañía de seguros al reembolso, planteándose cómo hacer efectivo su derecho de repetición, y declarándose judicialmente innecesaria la prueba pericial de perjuicios económicos causados al Estado.

En el juicio oral, las acusaciones no pudieron probar el destino o uso aplicado a los caudales públicos recaudados por Pedro. La defensa insistió en que se utilizaron en «usos ajenos».

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

1. Naturaleza penal del delito cometido. ¿Cómo actúa el administrador? ¿A quién le corresponde la prueba del destino de los caudales no ingresados al Estado?
2. ¿Es perjudicado en el proceso penal el responsable civil directo, la compañía de seguros? Por tanto, ¿tiene derecho al reembolso en el proceso penal?
3. En el hipotético derecho de repetición, ¿la acción de reembolso es ejercitable en el proceso penal?

• **SOLUCIÓN:**

1. Con la primera de las cuestiones se pretende resolver la correcta tipificación de los hechos. Obsérvese que se trata de un administrador de loterías que actúa, por tanto, como encargado, a nivel particular de fondos o efectos de la Administración Pública. Al ser administrador particular tiene la obligación de ingresar al Estado las cantidades producto de la venta de los billetes de lotería. Quedarse con el dinero supone apropiarse de unas cantidades indebidamente; pero no es la apropiación lo que

caracteriza su conducta, sino la especialidad de la malversación. En el delito de malversación de caudales o efectos públicos la acción consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga los caudales que tiene el señor Pedro por razón de sus funciones; o en destinar a usos «ajenos a la función pública» los caudales puestos a su disposición (arts. 432 y 435 del CP). Y he aquí, en esta nueva distinción (sustracción o destino a usos ajenos), donde se plantea la verdadera dificultad de determinar la correcta y definitiva tipificación de la conducta de Pedro Macías, conectada necesariamente con la última de las preguntas realizadas (¿A quién corresponde probar el uso o destino de los bienes no ingresados al Estado?). Esta distinción es importante -y a la vez difícil-, por la sencilla razón de que las defensas siempre invocarían el artículo 433, por ser más benévolo, a efectos punitivos, que el 432. Éste sanciona con penas de prisión de tres a seis años; el anterior (433) multa de seis a 12 meses. ¿Corresponde acaso al Estado, a través de la abogacía del Estado, la prueba de cargo? ¿Corresponde al Fiscal la prueba? La jurisprudencia aclara, en este tipo de delitos, en los que la prueba pertenece al misterio interno de la voluntad del autor, que, siendo de imposible acreditación qué ha podido hacer con los caudales, no se le puede exigir al Estado tal clase de prueba, ni al fiscal, por la sencilla razón de que sólo el autor sabrá lo que ha hecho. Es como exigir la prueba de algo imposible de probar. Las acusaciones simplemente se limitarán a probar el no ingreso y, por tanto, la sustracción de las cantidades. Y esto hace que definitivamente la conducta se tipifique por el artículo 432, no por el 433. A ello se le añade la condición de particular encargado de caudales o efectos del Estado del artículo 435; para concluir, con carácter definitivo, en la exposición de los artículos 432 y 435.1.º del Código Penal (CP), como definidores de la conducta de Pedro Macías, sin alegación alguna a la apropiación como delito común, por la sencilla razón de que estamos hablando de caudales públicos y no particulares depositarios (art. 252 del CP).

2. Si importante es la resolución penal de los problemas planteados y resueltos en el punto anterior, no menos importante es afrontar las cuestiones civiles derivadas de los ilícitos penales, susceptibles de tratamiento unitario en nuestro proceso penal y que tantas dificultades proyectan en la sentencia del Juez o en el ejercicio de las acusaciones públicas o particulares, en su caso.

Aquí trataremos el problema procesal de saber si es o no perjudicado el asegurador (Zafrar), como responsable civil directo, por consecuencia de la relación contractual que tiene con el tomador del seguro (Pedro), responsable penal por malversación. ¡Aclaremos posiciones contractuales para el mejor entendimiento de lo que se pretende plantear y resolver en este apartado!: Pedro es el tomador del seguro; el asegurado es el Estado y el asegurador es la compañía Zafrar. Se sobreentiende además que el responsable civil directo es la compañía de seguros, que ha abonado el importe al Estado en cumplimiento del contrato suscrito; por lo cual, a la fecha del juicio, la compañía habría reintegrado los 36.789 euros al Estado.

Así las cosas, parecería lógico que la compañía repitiera contra el responsable penal para el reintegro de las cantidades procedentes del delito. El artículo 117 del CP faculta a la aseguradora para el ejercicio del derecho de repetición. Pero es fundamental saber si puede ser considerada perjudicada en el procedimiento penal abierto, para saber si puede repetir en él contra Pedro como responsable penal, o si, por el contrario, ha de acudir a la vía civil independiente, en procedimiento aparte. ¡Ésta es la cuestión!

La Ley de Contrato de Seguro (LCS), en el artículo 68, establece la posibilidad de concertar con el asegurado un contrato de caución o de fianza. El administrador de loterías, para ejercer su profesión y teniendo en cuenta las cantidades importantes de dinero que maneja pertenecientes al Estado, viene obligado a concertar un contrato de caución, que cubra la contingencia del caso práctico. En el supuesto de que se produzca el siniestro, el artículo 69 de la misma ley indica que por el contrato suscrito:

- a) El asegurador paga al asegurado.
- b) El tomador del seguro reembolsa al asegurador lo pagado por éste al asegurado.

La falta de dinero en el tomador del seguro (o su insolvencia) es el riesgo que cubre el seguro y por el cual se paga al asegurado, y ello es, a su vez, lo que permite a la compañía (asegurador) reclamar contra el tomador (Pedro). Por lo tanto, no se trata de un problema de falta de liquidación entre Pedro y el Estado, sino de su aparente insolvencia en su relación contractual con la compañía Zafrar. Y, aunque es cierto que según dispone el artículo 19 de la LCS, el asegurador no tiene obligación de pagar cuando hay mala fe del asegurado, como quiera que el asegurado es el Estado y la mala fe es de Pedro (tomador del seguro), la obligación subsiste y la compañía es perjudicada con derecho a la acción civil de reembolso en el procedimiento penal.

3. La tercera y última de las cuestiones planteadas, el ejercicio de la acción civil en el proceso penal, tenía una interpretación clásica en la doctrina: era viable cuando el agraviado por el delito era el perjudicado civilmente hablando o, dicho con otras palabras, cuando el sujeto pasivo del daño patrimonial era el perjudicado penal; pero cuando el agraviado por el delito era persona diferente al perjudicado civil, tratándose en este caso de una tercera persona ajena, como suele suceder con las compañías de seguros, éstas debían ir a otro procedimiento civil para ejercitar la repetición y el reembolso correspondiente.

Con este planteamiento clásico habría que entender que la compañía Zafrar no puede personarse en el procedimiento penal ejercitando la acción civil de reembolso. Sin embargo, algo obvio en los sistemas procesales extranjeros no tiene reflejo ya en el nuestro, porque el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite, con carácter general, el ejercicio de ambas acciones, como algo derivado del delito, para la indemnización correspondiente. El artículo 108 dice expresamente que la acción civil se ejercita conjuntamente con la penal, y las razones propias de la economía procesal, incluso la protección de la Tutela Judicial Efectiva, aconsejan que la compañía Zafrar no se vea obligada a otro procedimiento que, además, sería dilatar y complicar con nuevas pruebas, o duplicando pruebas. Es lógico aprovecharse de un procedimiento judicial abierto para culminar todas las pretensiones procesales, pues las garantías legales estarían garantizadas.

Tampoco podrían alegarse posibles dificultades derivadas de la complejidad del caso, del cálculo de las indemnizaciones que, en ocasiones, han sido tenidas en cuenta para derivar a otros procesos civiles las acciones de reembolso. Ahora, o bien se fija en la sentencia, o bien en ella (si hay dificultades) se fijan las bases del cálculo, o, finalmente, se dejará para ejecución de sentencia la definitiva concreción. El CP de 1973, en su artículo 104, añadía la expresión «por razón del delito», y este concepto se tenía en cuenta para no resolver las cuestiones civiles especialmente complicadas en el proceso penal. No obstante, el actual CP de 1995, en su artículo 113, suprime esa expresión, limitándose a decir «La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado a sus familiares o terceros», por lo cual, la conclusión actual es clara en el presente caso práctico, máxime si, al leer el relato fáctico, observamos que la determinación de la cuantía que la compañía de seguros hubo de abonar al Estado fue mediante una fácil operación aritmética de la suma de las ventas de billetes de lotería y el importe correspondiente a los no vendidos y no devueltos (la sencillez del cálculo hizo innecesaria una prueba pericial sobre tal extremo, como adecuadamente se indica en el relato).

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 113, 117, 252, 432, 433 y 435.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal, arts. 100 y 108.
- Ley 50/1980 (LCS), arts. 100 y 108.
- SSTs de 16 de mayo de 1994, 24 de febrero de 1995, 27 de enero de 1996, 30 de abril y 11 de noviembre de 1998, 2 de febrero y 31 de mayo de 1999, 4 de enero de 2001 y 5 de abril de 2002.