



Roj: **STS 101/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:101**

Id Cendoj: **28079110012020100035**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2020**

Nº de Recurso: **2715/2016**

Nº de Resolución: **31/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1450/2016,**  
**STS 101/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 31/2020**

Fecha de sentencia: 21/01/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2715/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/12/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2715/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 31/2020**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. **José Luis Seoane Spiegelberg**



En Madrid, a 21 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Fructuoso, representado por el procurador D. Gonzalo Rocés Montero, bajo la dirección letrada de D. Marcelino Abraira Piñeiro, contra la sentencia núm. 180.16 dictada por la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Gijón en el recurso de apelación núm. 239/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 10/14 del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón, sobre seguro de responsabilidad civil de notario.

Han sido partes recurridas Mapfre España, S.A., representada por la procuradora D.ª Adela Cano Lantero y bajo la dirección letrada de D. Dionisio Navas Mellado, Generali España Seguros y Reaseguros, S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Baena Jiménez y defendida por el letrado D. Antonio Domingo Tapia Jareño, y Zurich Insurance, PLC, representada por la procuradora D.ª María Esther Centoira Parrondo y con la asistencia letrada de D.ª María Teresa Muñoz Robles.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Luis Seoane Spiegelberg**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Gonzalo Rocés Montero, en nombre y representación de D. Fructuoso, interpuso demanda de juicio ordinario contra Generali Seguros, S.A. de Seguros Reaseguros, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] que condene a la entidad demandada como incumplidora de sus obligaciones para con mi mandante a abonarle la suma de principal de 681.865,35 euros para el supuesto de que se aplique la franquicia general de 15.000 euros o, subsidiariamente, 656.865,35 euros para el supuesto de que, desestimada la anterior pretensión de la aplicación de la franquicia general, entienda el juzgador de aplicación la franquicia de 40.000 euros.

"A la cantidad que resulte, de la petición principal o subsidiariamente solicitada en cuanto a la aplicación de la franquicia; habrá que añadir los siguientes conceptos:

"- Costas devengadas en el procedimiento penal, comprensivo de las Diligencias Previas 2520/2008 seguidos ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Gijón y las devengadas ante la Audiencia Provincial, Sección 8ª, actualmente en trámite, cuya cuantificación definitiva se dejarán para fase de ejecución de Sentencia, a expensas de su aprobación judicial.

"- Intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

"- Condenar en costas a la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 8 de enero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón, se registró con el núm. 10/14. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- El procurador D. Mateo Moliner González, en representación de Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia en la que, con estimación de la excepción de la falta de legitimación pasiva y sin necesidad de entrar a analizar el fondo del asunto, se desestime la demanda con todos los demás pronunciamientos favorables, o subsidiariamente, y para el supuesto de que tal excepción no se acogiese, se dicte igualmente sentencia con desestimación íntegra de la demanda y expresa condena en costas a la parte actora".

La parte actora amplió la demanda a Mapfre Empresas, S.A. y Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., presentando escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos.

"1) Declarar responsable del siniestro de autos a las compañías codemandadas Generali Seguros, S.A. de Seguros y Reaseguros, S.A. (antes La Estrella), ya demandada, Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., y Mapfre Empresas, S.A., en la forma mancomunada simple en un 60% la primera y en un 20% cada una de las otras dos.

"2) En consecuencia se condene a las compañías codemandadas a abonar a mi mandante la suma de 678.815,35 euros para el supuesto de que se aplique la franquicia general de 15.000 euros o, subsidiariamente, 653.815,35 euros para el supuesto de que, desestimada la anterior pretensión de la aplicación de la franquicia general, entienda el juzgador de aplicación la franquicia de 40.000 euros. Cantidad de la que habrá que deducir



la suma de las cantidades percibidas por mi mandante por los autores de la infidelidad, con posterioridad a la presentación de la presente demanda, lo que quedará para fase de ejecución de Sentencia.

"A la cantidad que resulte, de la petición principal o subsidiariamente solicitada en cuanto a la aplicación de la franquicia; habrá que añadir los siguientes conceptos:

"- Costas devengadas en el procedimiento penal, comprensivo de las Diligencias Previas 2520/2008 seguidos ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Gijón y las devengadas ante la Audiencia Provincial, Sección 8ª, actualmente en trámite, cuya cuantificación definitiva se dejarán para fase de ejecución de Sentencia, a expensas de su aprobación judicial.

"- Intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

"- Condenar en costas a las demandadas".

El procurador D. **José** María Díaz López, en representación de Mapfre Empresas, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia desestimando las pretensiones de la actora con la condena en costas preceptiva".

La procuradora D.ª María Paz Manuela Alonso Hevia, en representación de Zurich Insurance PLC, sucursal en España, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte

"a) Auto por el que en sede de la Audiencia previa se declare la Falta de Legitimación Pasiva Total de mi Representada, y se archive el Procedimiento.

"b) Sentencia por la que, entrando a conocer del fondo del Asunto, se tengan en cuenta las limitaciones establecidas en la Excepción de Falta de Legitimación Pasiva Parcial de mi Representada y se absuelva a mi Representada con expresa condena en Costas a la parte Actora".

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón dictó sentencia de fecha 28 de enero de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimar íntegramente la demanda formulada frente a Generali Seguros S.A, Mapfre Empresas S.A y Zurich Seguros, S.A, sin hacer condena en costas".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Fructuoso .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Gijón, que lo tramitó con el número de rollo 239/15, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 25 de abril de 2016, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLO: Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Rocés Montero, en representación de D. Fructuoso , contra la sentencia dictada el 28 de enero de 2015 en los autos de procedimiento ordinario nº 10/2014, tramitados ante el Juzgado de primera Instancia Núm. Cinco de Gijón y, en consecuencia, se revoca en parte dicha resolución, únicamente, en el pronunciamiento afectado por lo resuelto en el Fundamento de Derecho Tercero de esta resolución. Sin hacer pronunciamiento condenatorio respecto de las costas causadas en esta alzada".

#### **TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Gonzalo Rocés Montero, en representación de D. Fructuoso , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º.- Al amparo del artículo 469.1.2º LEC por incongruencia de la Sentencia, al infringirse los artículos 218, apartado 1, y 219, apartados 1 y 2, de la misma LEC, así como 120.3 y 24.1 de la Constitución Española, causante de indefensión.

"2º Al amparo del artículo 469.1.2º LEC, por considerarse infringidas las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto las relativas a la carga de la prueba ( art. 217.3 en relación con el apartado 7 del mismo artículo de la LEC) en cuanto al principio de la facilidad probatoria y alteración indebida del "onus probandi", así como de la Jurisprudencia que los interpreta ( Sentencia del Tribunal Supremo, Sala I, 559/2015, de 3 de Noviembre, recurso 1769/2013 y de idéntica Sala, nº 163/2016, de fecha 16 de Marzo de 2013, recurso 2541/2013).



"3º.- Al amparo del artículo 469.1.4º LEC por error patente en la apreciación de la prueba, infringiendo así Derechos Fundamentales del artículo 24 de la Constitución Española, cual el relativo a la interdicción de la arbitrariedad, con relación a la jurisprudencia constitucional ( Sentencia Tribunal Constitucional de 8 de Julio de 2009, Recurso nº 693/2005)".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º. Infracción de los artículos 3 y 73, párrafo segundo de la Ley de Contrato de Seguro de 1980, en orden a la aplicación de las cláusulas "claims made", así como de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta en Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de fecha 25 de Noviembre de 2013, Recurso 2187/2011 y Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014, Recurso 710/2010.

"2º. Infracción del artículo 1.281.1 del Código Civil (CC), por inaplicación de tal criterio en la interpretación de la póliza de seguros, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, así como de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, en Sentencia de fecha de 18 de junio de 2012 (número 294/2012) y Sentencia de fecha 29 de enero de 2015 (núm. 27/2015).

"3º. Infracción del artículo 16 de la LCS, por su inaplicación así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta en Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de fecha 20 de Abril de 2016, nº Recurso 50/2014 y en la fecha 5 de julio 1990.

"4. Infracción de la doctrina jurisprudencial de "que nadie puede ir contra actos propios", recogida en la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo, de fecha 21 de Abril de 2005 (nº 291/2006, rec. 2635/1999) y la de fecha 13 de Diciembre de 2013 (recurso 989/2011)".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 31 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Fructuoso contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Séptima) el 25 de abril de 2016 en el rollo de apelación 239/2015 dimanante del procedimiento ordinario 10/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Gijón.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría".

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 6 de noviembre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 17 de diciembre de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de los hechos más relevantes

1.- El actor D. Fructuoso , en su condición de notario de Gijón, tenía asegurado, entre otros siniestros, a través del seguro colectivo del Consejo General del Notariado, su responsabilidad civil y la infidelidad de sus empleados, por medio de la póliza NUM000 , con vigencia desde el 1/06/2007 hasta el 31/05/2010.

La referida póliza fue contratada bajo régimen de coaseguro con las compañías La Estrella, actualmente Generali España, S.A. de Seguros y Reaseguros, Zurich España, Compañía de Seguros y Reaseguros, así como Mapfre Empresas, S.A., de forma mancomunada simple, de manera que la primera aseguraba el 60% de las coberturas y las otras dos mercantiles el 20% respectivamente.

2.- El actor tenía contratado, desde septiembre de 2.000, al economista D. Fermín , como responsable de la dirección de la gestión contable de la notaría, colaborando con él la empleada D.ª Purificación , contratada el 8/11/2004.

3.- Al recibir noticias a través de otra empleada de las irregularidades en la gestión contable y administrativa de la notaría, el demandante ordenó la elaboración de un informe económico a la Asesoría Álvarez Rouco, S.L., en octubre de 2007, que lo emitió en enero de 2008, del que resultaban numerosas incorrecciones contables, concluyéndose que, durante los ejercicios 2005, 2006 y 2007, resultaba un saldo positivo superior a 600.000



euros sin acreditar y pendientes de cobro a clientes un saldo superior a 275.000 euros, tampoco sin explicación que lo justificase.

4.- El 14/03/2008, el actor denunció a estos dos empleados, ante la comisaría de policía de Gijón, por apropiación de fondos, dando lugar a las diligencias previas 2520/08, tramitadas en el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Gijón.

5.- Además, se procedió al despido disciplinario de ambos trabajadores, que fue refrendado, tanto por sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social 2 y 3 de Gijón, con fecha respectivamente de 12 de mayo y 21 de diciembre de 2008, como posteriormente por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

6.- El letrado de la aseguradora D. **José Luis** Arjona, actuando en representación de Generali obtuvo documentación del actor y después se personó en nombre de la compañía en el procedimiento penal, en condición de acusación particular, postulando la condena de los precitados empleados desleales, así como solicitando que indemnizaran a su asegurado Sr. Fructuoso, en la cantidad de 807.759,05 euros, más otras sumas por las actas de inspección de Hacienda. No resultó probado que la compañía tuviera conocimiento del siniestro antes de octubre de 2010.

7.- La sección 8.ª de la Audiencia Provincial Asturias, con sede de Gijón, dictó sentencia, de fecha 13 de julio de 2012, condenando a los empleados del actor D. Fermín y D.ª Purificación, como autores de un delito continuado de apropiación indebida, a penas de prisión de tres años y seis meses y multa de nueve meses, con una cuota diaria de 6 euros, a cada uno de ellos, así como que, en concepto de responsabilidad civil, indemnizaran, conjunta y solidariamente, al Notario Sr. Fructuoso, con la cantidad de 700.812,91 euros.

Interpuesto el correspondiente recurso de casación, el mismo fue desestimado por sentencia dictada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo.

8.- La estipulación quinta de las condiciones generales de la póliza suscrita es del siguiente tenor literal:

"El evento cuyo riesgo es objeto de cobertura es la presentación formal, entendiéndose por tal, cualquier medio de comunicación escrita, fax, carta, telegrama, etc., durante el tiempo de vigencia de este contrato o de sus prórrogas, de una reclamación a un Asegurado para que indemnice los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en este contrato, de cuyas consecuencias sea aquel civilmente responsable, conforme a derecho. Es indiferente que el hecho causa se haya producido antes o durante la vigencia de este contrato, siempre que la reclamación no fuera conocida por el Asegurado con anterioridad a la fecha de 2 de mayo de 1993. Tales hechos serán los que se originen en el ámbito del ejercicio profesional del Notario en la actuación conforme a las disposiciones legales vigentes o actividades complementarias que por Ley o costumbre realiza habitualmente. Así a título enunciativo, pero no limitativo:

"5.1. Los errores, negligencias u omisiones cometidas por Notarios en el ejercicio de su actividad profesional o de la que corporativamente les correspondiere.

"5.2. Errores, infidelidades, negligencias u omisiones cometidas por quienes legal, reglamentariamente o consuetudinariamente desempeñan actividades auxiliares encomendadas por el notario, dentro del cuadro normal de actuación profesional.

"En materia de infidelidad de empleados y personas que desempeñen actividades auxiliares encomendadas por el Notario y por el concepto de apropiación de fondos, valores, efectos al portador o endosados en blanco y en general cualquier signo pecuniario, se aseguran los siniestros posibles, incluidos:

"A) Los daños causados al notario por las infidelidades propiamente dichas, producidas pese al correcto control contable y gestión notarial.

"B) Los daños causados al notario por las infidelidades propiamente dichas en las que concurren circunstancias atípicas, por haberse producido de forma continuada en el tiempo, durante un período superior a un ejercicio fiscal o intervalo asimilable, no existiendo una contabilidad ordenada o control equivalente, bajo la directa supervisión del notario, que permita su reconstrucción.

"C) Todos los daños consecuenciales causados a terceros por estos actos, y las responsabilidades surgidas de estas infidelidades.

"D) Se considerará como un único siniestro todos los daños originados por el mismo sujeto".

9.- Finalizado el proceso penal se planteó por el Sr. Fructuoso demanda civil contra las compañías aseguradoras que, por turno de reparto, correspondió su conocimiento al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Gijón, el cual dictó sentencia de 28 de enero de 2015, que desestimó la demanda, al considerar que nos



encontramos ante un seguro de daños, que cubre los perjuicios sufridos por el Notario por la infidelidad de sus empleados, y que, por lo tanto, al haberse producido la apropiación de fondos antes de la vigencia de la póliza, el 1 de junio de 2007, y la apropiación, entre junio y diciembre de 2007, se desconoce cuantitativamente, incluso que sea superior a la franquicia de 40.000 euros pactada, rechazó la acción deducida.

**10.-** Interpuesto recurso de apelación, por la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón, se dictó sentencia 180/2016, de 25 de abril, en la cual se consideró que quedan cubiertos los siniestros acaecidos con antelación a la suscripción del seguro colectivo, como resulta de la dicción literal de la cláusula quinta, y comoquiera que no tiene sentido que se cubran los siniestros comunicados al notario durante la vigencia de la póliza, toda vez que supondría el descubrimiento de sus empleados, se razonó que hay que entender que la reclamación exigida en la póliza es la efectuada por el notario asegurado a la compañía de seguros, o incluso, por la oscuridad de la cláusula quinta, a la tomadora del seguro, el Consejo General del Notariado. En consecuencia, al haberse puesto en conocimiento de la compañía aseguradora el siniestro, en el mes de octubre de 2010, cuando la póliza ya no estaba vigente, la cobertura fue correctamente rechazada.

Ambas sentencias igualmente descartaron que la actuación de la compañía, personándose como acusación particular en el proceso penal, conformase un acto propio que le vinculase.

**11.-** Contra dicha sentencia se interpuso por el demandante los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, que pasaremos a analizar.

**SEGUNDO.-** *Motivo de infracción procesal, por incongruencia de la sentencia, al amparo del art. 469.1.2º LEC, en relación con los arts. 218.1, apartado uno, 219, apartados 1 y 2 de la LEC, así como arts. 24 y 120 de la CE, causante de indefensión*

Este motivo de impugnación no puede ser estimado. La congruencia es la necesaria correlación que debe existir entre la demanda, que inicia el proceso ( art. 399.1 LEC), y la sentencia que le pone fin ( art. 206.1.3ª LEC), de manera tal que ésta sea la respuesta que dan los juzgadores a las pretensiones introducidas por el actor en el escrito rector del proceso, conjuntamente con las que merecen las excepciones y resistencias opuestas por el demandado a su prosperabilidad. La congruencia exige pues una necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir ( SSTS 698/2017, de 21 de diciembre; 233/2019, de 23 de abril y 640/2019, de 26 de noviembre).

Una sentencia es pues incongruente, como ha recordado reiteradamente esta Sala (por todas STS 604/2019, de 12 de noviembre), si concede más de lo pedido ( *ultra petita*); se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes ( *extra petita*); se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes ( *citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida. Siendo perfectamente válido que dé menos de lo pedido ( *infra petitum*), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por el demandado.

Pues bien, la sentencia recurrida no altera dicho deber de congruencia, no introduce hechos distintos, ni tampoco se manifiesta sobre cuestiones que no hubieran sido debatidas en juicio, y todo ello lo hace con sujeción a las acciones deducidas en la demanda, sin perjuicio de que, por mor del principio iura novit curia, quepa resolver conforme a normas jurídicas aplicables al caso, aunque no hayan sido citadas o alegadas por los litigantes en los términos del art. 218.1, apartado tercero de la LEC.

La circunstancia de que se hubiera incurrido en un supuesto error *in iudicando* en la aplicación del derecho material o sustantivo, constituiría, en su caso, un motivo de recurso de casación, pero no de infracción procesal. La jurisprudencia ha señalado que no debe confundirse el vicio de incongruencia con el acierto del razonamiento jurídico, que sólo es revisable a través de aquel recurso extraordinario ( SSTS 580/2016 de 30 de julio y 468/2018, de 19 de julio, entre otras).

En la demanda se interesó la condena mancomunada de las compañías de seguros interpeladas a hacer honor al siniestro producido por daños causados al actor por la infidelidad de sus empleados. Las sentencias de primera y segunda instancia resolvieron tal cuestión, desestimando la pretensión indemnizatoria postulada, sin prescindir, ni apartarse de la *causa petendi* (razón de pedir, fundamento fáctico y jurídico de lo solicitado), realizando la interpretación, que consideraron procedente, de la cláusula quinta de la póliza colectiva de seguro concertada por el Consejo Nacional del Notariado. Se puede estar o no de acuerdo con dicha interpretación, pero no por ello la sentencia es incongruente.

Por último, esta sala igualmente ha declarado que es excepcional que las sentencias absolutorias sean incongruentes ( SSTS 131/2018, de 7 de marzo; 261/2018, de 3 de mayo y 297/2018, de 23 de mayo, entre otras muchas).



Por otra parte, se dio una respuesta motivada a la pretensión deducida por el actor, sin que el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE garantice como es natural la estimación de la pretensión deducida en juicio, y sin que quepa confundir incongruencia con motivación ( art. 120.3 CE); pues, como dice la STS 372/2019, de 27 de junio: "[...] la incongruencia constituye un motivo y la falta de motivación otro, por la sencilla razón de que una sentencia puede ser congruente, aunque no esté motivada y, cabe que pese a estar motivada, la sentencia sea incongruente ( SSTS 1 de diciembre de 1998; 25 enero 1999; 2 de marzo de 2000; 25 septiembre 2003)", amén de que no cabe una heterogénea acumulación de infracciones procesales en un único motivo, como son la falta de congruencia y de motivación ( STS 372/2019, de 27 de junio).

En definitiva, como señaló la STS 647/2019, de 28 de noviembre:

"Ahora bien, la lógica a la que se refiere el art. 218.2 LEC es la del entramado argumentativo, exposición de razones o consideraciones en orden a justificar la decisión, sin que se extienda a su acierto o desacierto, ni quepa al socaire de dicho precepto traer al campo del recurso extraordinario por infracción procesal el debate sobre las cuestiones de fondo. Como precisó la sentencia 705/2010, de 12 de noviembre, la exigencia del art. 218.2, in fine, LEC de que la motivación debe ajustarse a las reglas de la lógica y de la razón se refiere a la exposición argumentativa del tribunal y no a si son lógicas la interpretación jurídica y la conclusión de tal naturaleza efectuadas por la resolución recurrida, pues se trata de cuestiones de fondo propias del recurso de casación".

El proceso versó sobre la interpretación de la cláusula quinta de la póliza. El demandante pudo articular las argumentaciones que consideró procedentes, por lo que, de ninguna manera, sufrió la vedada indefensión, por la sentencia dictada por la Audiencia, que resuelve congruentemente la petición formulada. El acuerdo o desacuerdo con la misma no es causa legítima de infracción procesal.

**TERCERO.-** *Motivo de infracción procesal interpuesto al amparo del art. 469.1.2º LEC , por considerarse infringidas las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto las relativas a la carga de la prueba ( art. 217.3 LEC , en relación con el apartado 7 del mismo artículo), en cuanto al principio de facilidad probatoria y alteración indebida del "onus probandi" y jurisprudencia interpretativa ( SSTS 559/2015, de 3 de noviembre y 163/2016, de 16 de marzo )*

En primer término, señalar que la valoración probatoria es una actividad jurisdiccional previa, y únicamente cuando de la misma resulta que un hecho relevante para la decisión del litigio no ha quedado debidamente acreditado, es cuando operan las reglas reguladoras de la carga de la prueba del art. 217 LEC; por consiguiente, el problema de la carga de la prueba es el de la falta de prueba y se infringe tal precepto si se atribuyen las consecuencias negativas del hecho dudoso a la parte a quien no compete su demostración.

En efecto, la infracción del art. 217 LEC no comprende ni permite a su amparo valorar de nuevo el material probatorio practicado, cuestionando la convicción judicial, o dicho en palabras de la STS de 22 de julio de 1998: "[...] el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de pruebas, según frase célebre procedente de la doctrina alemana". Es por ello que, como destacan las SSTS 160/2018, de 21 de marzo, 274/2019, de 21 de mayo y 468/2019, de 17 de septiembre, metodológicamente, antes de examinar si se ha infringido o no la regla sobre la carga de la prueba que recoge el art. 217 LEC, se habrá de indagar sobre si existe o no prueba de los hechos constitutivos de la pretensión.

Pues bien, en el caso presente, no se han vulnerado tales normas. El litigio realmente versa sobre la interpretación jurídica de la condición general quinta de la póliza colectiva suscrita, que no es un problema de falta de prueba y sus consecuencias, sino de aplicación del derecho sustantivo.

Por otra parte, se pretenden obtener consecuencias fácticas con respecto a la aportación de un supuesto documento de existencia y contenido desconocido e incierto, cuya incorporación se postuló al proceso sin cumplirse los requisitos formales de los arts. 328 y siguientes de la LEC.

Tampoco se ha discutido que no obra en autos boletín de suscripción al seguro colectivo firmado por el demandante, si bien se acciona con base en dicha póliza y, concretamente, con fundamento en su cláusula quinta, con apoyo en la cual pretende el demandante que se cubra el siniestro sufrido por deslealtad de sus empleados. La invocación, por aplicación indebida del art. 3 LCS, constituiría el fundamento de un recurso de casación y no de infracción procesal.

**CUARTO.-** *Error patente en la valoración de la prueba, al amparo del art. 469.1.4º LEC, en relación con el art. 24 CE*

El control de la valoración probatoria por parte de este tribunal es excepcional, dado que la casación no conforma una tercera instancia revisora de tan esencial manifestación de la función jurisdiccional. No obstante, exigencias constitucionales admiten un conocimiento corrector, únicamente en caso de errores patentes, que sean de tal magnitud que impliquen la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial



efectiva del art. 24.1 de la CE, que se generarían en supuestos en que la valoración probatoria se demuestre ilógica, irracional, arbitraria o vulneradora de normas legales ( SSTS 772/2008, de 21 de julio; 370/2016, de 3 de junio; 127/2017, de 24 de febrero; 471/2018, de 19 de julio, 604/2019, de 12 de noviembre y 655/2019, de 11 de diciembre), hablándose, en tales casos, de la infracción del canon de la racionalidad.

Las SSTS 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril y 604/2019, de 12 de noviembre, entre otras muchas, tras reiterar la excepcionalidad del control de la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal de segunda instancia, precisan que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

Pues bien, este tribunal no aprecia ningún error de tal naturaleza, sin que quepa proceder a una nueva valoración probatoria que corresponde a los tribunales de instancia, salvo en los concretos supuestos excepcionales que no concurren, y sin que quepa confundir, como se hace por la parte recurrente, la valoración probatoria con la valoración jurídica ( SSTS 394/2018, de 26 de junio, 580/2019, de 5 de noviembre, y 661/2019, de 12 de diciembre) sobre el significado, contenido y alcance de las condiciones generales de la póliza suscrita, propias del recurso de casación y no del extraordinario por infracción procesal.

En definitiva, como señala la STS 273/2016, de 22 de abril, cuya doctrina reproduce la STS 445/2016, de 1 de julio: "Podrá discutirse si desde un punto de vista jurídico las conclusiones de la sentencia recurrida son acertadas, pero ello es ajeno al marco revisor del recurso extraordinario por infracción procesal, al corresponder a la valoración jurídica propia de un recurso de casación".

**QUINTO.-** *Infracción de los arts. 3 y 73 párrafo segundo de la LCS con respecto a las cláusulas claim made, así como de la jurisprudencia que los interpreta*

No consideramos vulnerado el art. 73 de la LCS, que queda circunscrito al seguro de responsabilidad civil, normativamente definido como aquel que: "[...] el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho".

La finalidad de esta clase de seguros consiste en la protección del asegurado, ante la eventualidad de la responsabilidad en que pueda incurrir frente a terceros. Un seguro de tal clase cubre los daños causados a los clientes de la notaría por la actuación profesional del demandante o de sus empleados; mientras que, en el caso litigioso, nos hallamos ante daños directamente sufridos por el notario por la conducta desleal de sus propios empleados. Caso este último, en el que el actor no ocupa la posición jurídica de responsable, por actos directos suyos o de sus trabajadores con daño a tercero, sino de perjudicado de una apropiación indebida de los fondos de la notaría de la que es víctima directa.

**SEXTO.-** *Infracción del art. 1281 CC y jurisprudencia interpretativa del mentado precepto, con cita en las SSTS 294/2012, de 18 de junio, debe decir 18 de mayo, y 27/2015, de 29 de enero*

#### 1 . Planteamiento del recurso.

En este concreto causal de casación se cuestiona la interpretación de la cláusula quinta del contrato de seguro llevada a efecto por la sentencia de la Audiencia Provincial, la cual, en su fundamento de derecho tercero, acude a la interpretación literal de la póliza, para llegar a la conclusión de que, tanto en la cobertura de responsabilidad civil como en la de infidelidad de los empleados de la notaría, se cubren los siniestros acaecidos antes de la vigencia de la póliza, con tal de que sean desconocidos por el asegurado con anterioridad a la fecha de 2 de mayo de 1993, razonando la Audiencia que:

"Del propio tenor literal de la cláusula particular 05, se desprende que los contratantes han querido dar un tratamiento unitario e igual, tanto a los siniestros que derivan de la responsabilidad civil en que haya incurrido el Notario asegurado en el ejercicio de su actividad notarial, como a los consistentes en el daño patrimonial causado al asegurado por infidelidad de sus empleados, basta ver que ninguna excepción se ha contemplado en la póliza al respecto".

En su fundamento de derecho cuarto de nuevo la Audiencia acude a la interpretación literal, a la que hace expresa referencia con relación a que el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura es "la presentación formal, entendiéndose por tal, cualquier medio de comunicación escrita, fax, carta, telegrama, etc., durante el tiempo de vigencia de este contrato o de sus prórrogas, de una reclamación a un Asegurado para que indemnice los



daños y perjuicios causados por un hecho previsto en este contrato", y comoquiera que sería inconsecuente y manifiestamente contraria a la literalidad de la póliza que se exigiese la reclamación de los empleados infieles al notario, se consideró que la mentada cláusula habría que entenderla como reclamación efectuada por el notario perjudicado a las compañías de seguros, o, en su caso, partiendo del carácter oscuro de la cláusula, de conformidad al art. 1288 del CC, en relación con el art. 3 LCS, al tomador del seguro el Consejo Nacional del Notariado. Lo que lleva a la Audiencia a concluir que, dado que tal reclamación se llevó a efecto con posterioridad a la vigencia de la póliza, en octubre de 2010, las compañías aseguradoras no están obligadas a dar cobertura al siniestro causado.

## **2. Interpretación literal de las cláusulas del contrato suscrito.**

Como declaran las SSTs 196/2015, de 17 de abril y 505/2019, de 1 de octubre, debemos partir de dos consideraciones previas:

"(i) La primera se refiere al alcance de la revisión en casación de la interpretación realizada en la instancia: la interpretación de los contratos constituye una función de los tribunales de instancia, que ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación, salvo cuando sea contraria a alguna de las normas legales que regula la interpretación de los contratos o se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario ( sentencias 524/2013, de 23 de julio, y 252/2014, de 14 de mayo).

"(ii) La segunda versa sobre el sentido de las reglas legales de interpretación de los contratos, de conformidad con la finalidad de la interpretación, tal y como se viene entendiendo por la jurisprudencia ( sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 27/2015, de 29 de enero).

"2.- Respecto de este segundo aspecto, el principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Para ello, el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito comercial proyectado en el contrato.

"Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC ("si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas").

"A sensu contrario, la interpretación literal también contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables, de suerte que la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance ( arts. 1282- 1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual".

Pues bien, este tribunal parte de la base del razonamiento interpretativo de la Audiencia, coherente con la literalidad de la póliza, de que la modalidad de infidelidad de los empleados cubre los siniestros producidos antes de la vigencia del seguro, con tal de que no se tuviese conocimiento de los mismos por parte del asegurado al tiempo de adhesión a la póliza colectiva. No es extraño que se cubran siniestros de tal naturaleza, que sean descubiertos durante la vigencia del seguro, y que, por lo tanto, fueran ignorados al tiempo de contratar ( art. 4 LCS). El contrato obliga dentro de los términos pactados, y una cláusula de tal naturaleza es perfectamente lícita y viable.

## **3. Pluralidad de interpretaciones posibles de la condición general quinta de la póliza de seguro, en la modalidad de infidelidad de los empleados de la notaría.**

Corresponde ahora interpretar qué requisitos adicionales se exigen para quedar cubierto un siniestro de tal clase, en cuyo caso se abre un abanico de alternativas:

Una primera, que exigiría la reclamación al notario asegurado durante la vigencia de la póliza. Es evidente que la misma sólo tiene sentido, cuando nos hallamos ante la reclamación de un tercero por los daños sufridos por la actuación profesional del notario o sus empleados, que no es el caso que nos ocupa, en el que son los propios empleados los causantes del perjuicio económico sufrido por el notario demandante.

Una segunda, que dicha reclamación sea la efectuada al asegurado por sus propios empleados, lo que deviene todavía más absurdo, pues supondría el descubrimiento de la actuación ilícita de los mismos.



Una tercera, que sea la reclamación llevada a efecto por el notario a dichos empleados, que deviene igualmente incomprensible, en tanto en cuanto no ostentan éstos la condición de asegurados, sino que son quienes de forma dolosa se apropiaron de los fondos de la notaría.

Una cuarta, que es la deducida por la Audiencia, en la que se sustituye la reclamación al asegurado durante la vigencia de la póliza, por la que efectúa el propio asegurado, bien a la tomadora del seguro, dado que se alega el carácter oscuro de la condición general quinta de la póliza, o bien a las compañías aseguradoras.

Una quinta, que estén cubiertos los siniestros de los que tenga conocimiento por primera vez el asegurado durante la vigencia de la póliza, sustituyéndose la reclamación del tercero perjudicado -seguro de responsabilidad civil-, por el descubrimiento de la deslealtad de los empleados infieles, pues en ambos supuestos puede el notario tomar constancia del siniestro objeto de cobertura y del daño patrimonial causado, en el primer caso, sufrido por un cliente de la notaría, y, en el segundo, padecido por el propio notario por la ilícita conducta de sus empleados.

La consecuencia tardía de la comunicación del siniestro a la aseguradora, siempre que la deslealtad se hubiera descubierto durante la vigencia de la póliza, sólo produciría, en su caso, los eventuales efectos jurídicos derivados del art. 16 de la LCS, que no han sido alegados por las compañías interpeladas, consistentes en el derecho a reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración del siniestro dentro del plazo previsto; o en caso de incumplimiento del deber informar sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro, la pérdida del derecho a la indemnización en el supuesto de que hubiese concurrido dolo o culpa grave.

Esta última interpretación además es coherente con los actos posteriores de la compañía de seguros ( arts. 1281 II y 1282 CC), consistentes en personarse en el procedimiento criminal como acusación particular, condición jurídica que sólo ostentan los perjudicados por el delito ( art. 110 LECR), postulando la condena de los empleados de la notaría a resarcir los perjuicios patrimoniales sufridos por el asegurado a modo de una atípica especie de acción subrogatoria anticipada ( art. 43 LCS).

En el escrito de personación lo hace "[...] como cía aseguradora de la RC profesional que cubre la cobertura del notario Sr. Fructuoso , así como los daños y perjuicios derivados, tanto frente a terceros, como frente al propio Notario por presuntas infidelidades de los empleados de la Notaría D. Fermín y D<sup>a</sup> Purificación , éstos en calidad de imputados".

Tras la fase de instrucción y acto del juicio la aseguradora calificó penalmente la conducta de los empleados desleales, solicitando su condena tanto en la esfera criminal como civil.

De considerar la compañía que la interpretación correcta de la póliza sería la indicada por la sentencia de la Audiencia, rechazaría sin más el siniestro ante el dato objetivo de no haber recibido reclamación alguna del asegurado durante la vigencia de la póliza; lejos de ello Generali se persona en el procedimiento criminal, durante la fase instructora, ulteriormente ante la Audiencia Provincial y con posterioridad en el recurso de casación interpuesto, ejercitando las acciones penal y civil dimanantes del delito cometido. Se argumenta que así se hizo para tener constancia de las circunstancias del siniestro, pero éstas le resultarían irrelevantes de haberse comprometido únicamente a dar cobertura a las reclamaciones recibidas del asegurado durante la vigencia de la póliza en los términos indicados, siendo conducta absurda e inexplicable asumir los gastos derivados de su intervención en el procedimiento criminal. No es de aplicación el art. 73 de la LCS, al no hallarnos ante un seguro de responsabilidad civil.

Por otra parte, la sentencia de la Audiencia cita el art. 1288 del CC, si bien sólo obtiene consecuencias parciales de su normativa aplicación, cuando la técnica de las condiciones generales impuestas y predispuestas por las compañías determinan la vigencia de la interpretación *contra proferentem* (contra el proponente), conforme a la cual "la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad" ( SSTS 248/2009, de 2 de abril; 601/2010, de 1 de octubre; 71/2019, de 5 de febrero y 373/2019, de 27 de junio, entre otras), y, en este caso, la misma deriva de la redacción de la condición general quinta antes transcrita y analizada.

Por todo ello, este motivo del recurso debe ser estimado.

**SÉPTIMO.- Análisis de los motivos de casación tercero y cuarto, consistentes en infracción del art. 16 de la LCS por su inaplicación y de la doctrina de los actos propios**

El art. 16 de la LCS no ha resultado infringido, en tanto en cuanto la Audiencia no fundamenta su fallo en la aplicación de tal precepto, ni resulta el mismo lesionado, sino que se limita a efectuar la interpretación de la condición general quinta de la póliza colectiva de seguros concertada que le conduce a la desestimación de la demanda.



En cuanto a la vulneración de la doctrina de los actos propios, la conducta de la compañía ya ha sido valorada como acto posterior, con evidente carga significativa, sobre la extensión de la cobertura de la póliza, al amparo del art- 1281 y 1282 CC, por lo que su análisis deviene ya innecesario.

#### **OCTAVO.- Sentencia de casación**

En congruencia con los razonamientos expuestos procede la estimación del recurso de casación interpuesto y dictar nueva sentencia, por parte de este Tribunal, estimando la demanda deducida, condenando a las compañías codemandadas, en virtud del contrato de coaseguro pactado, de manera mancomunada simple, tal y como se solicita por el demandante, en aplicación de la condición 26 de la póliza suscrita.

El notario tiene constancia efectiva de la deslealtad de sus empleados, que contractualmente además debería superar la precitada cuantía de los 40.000 euros, cuando finalizan los informes ordenados, a los efectos de controlar el estado de sus cuentas, situación que se produce durante la vigencia del seguro. Desde luego, de lo actuado no existe prueba acreditativa de que tuviera un conocimiento de la infidelidad de sus trabajadores anterior al final del verano de 2007, como afirma la parte demandada.

Procede pues condenar a las compañías codemandadas a abonar al actor la cantidad objeto de condena en el proceso penal, que determina el daño resarcible, en el ejercicio de la acción civil seguida contra los empleados desleales y que cubren los daños causados en la prestación de sus servicios en la notaría, en la concreta suma de 700.812,91 euros, sin constancia de otros perjuicios, que tuvieran su origen en fuentes distintas no cubiertas por la cobertura aseguradora, quedando expresamente excluidos los derivados de las actas de hacienda por las sentencias penales.

No obstante, procede aplicar la franquicia de los 40.000 euros pactados, en la condición general 13.3, para el supuesto del apartado 5. 2 b) de la póliza; es decir, para "[...] los daños causados al notario por las infidelidades propiamente dichas en las que concurran circunstancias atípicas, por haberse producido de forma continuada en el tiempo, durante un período superior a un ejercicio fiscal o intervalo asimilable, no existiendo una contabilidad ordenada o control equivalente, bajo la directa supervisión del notario, que permita su reconstrucción", falta de control al que se refieren igualmente las sentencias penales.

Es necesario descontar las cantidades percibidas por el Notario de sus empleados en la ejecutoria penal, cuales son de Don Fermín 2791,77 euros y de D.<sup>a</sup> Purificación, 5925,39 euros, lo que hace un total de 8717,16 euros, así como las que pueden percibirse con posterioridad.

Por consiguiente, con la particularidad expuesta, resulta la suma de 652.095,75 euros (700.812,91 - 8717,16 - 40.000 euros), más 4769,60 euros de las costas casación, lo que arroja el saldo de 656.865,35 euros. Ahora bien, en la ampliación de la demanda, se reclama la cantidad de 653.815,35 euros de los que responde Generali del 60%, es decir por la cantidad de 392.289,21 euros, y las otras dos compañías coaseguradoras interpeladas Zurich España y Mapfre Empresas, del 20% de aquella cantidad (40% en total), lo que hace un total de 130.763,07 euros, cada una de ellas.

Procede igualmente estimar la cantidad postulada en concepto de gastos judiciales, en tanto en cuanto la póliza contiene un seguro de defensa jurídica, que, conforme al art. 76 a) de la LCS es aquél en que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro, en el que el asegurado tiene los derechos del art. 76 d), sin que nos hallemos ante el supuesto del art. 74 de la LCS, que obliga, salvo pacto en contrario, al asegurador a asumir la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, siendo de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen.

#### **NOVENO.- Aplicación de los intereses del art. 20 de la LCS**

En el caso que nos ocupa, se considera por la Sala que el proceso para determinar el ámbito de la cobertura del seguro se encontraba justificado, hasta el punto de que se dictaron sendas sentencias, tanto en primera, como en segunda instancia, que desestimaron la pretensión indemnizatoria del demandante, por las dudas que suscitaba el ámbito de la cobertura, y por razonamientos distintos, así como por el hecho de haberse seguido un proceso penal para demostrar la apropiación producida.

Este Tribunal ha considerado que cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro, que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional ante la justificada y razonable discrepancia existente entre las partes, en tanto en cuanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, la compañía no se hace acreedora de la condena al abono de los intereses del art. 20 de la LCS ( SSTS 31/2018, de 30 de mayo, 29/2019, 17 de enero, 35/2019, de 17 de enero etc.).



Por todo ello, los intereses comenzarán a devengarse desde la fecha de notificación de esta resolución, que es cuando han quedado fijados los límites de la modalidad de cobertura pactada.

En cuanto a las costas desde la fecha en que fueron o sean judicialmente aprobadas se devengarán los intereses del art. 20 LCS.

#### **DÉCIMO.- Costas y depósito**

No se hace concreta imposición de las costas de primera instancia, por las dudas que suscitaba la cuestión litigiosa, como de esta manera ya se apreció en el fundamento de derecho séptimo de la sentencia del Juzgado, ni tampoco las de segunda instancia, en tanto en cuanto el recurso de apelación debió ser estimado.

Las del recurso extraordinario por infracción procesal son de preceptiva imposición a la parte recurrente al no haber sido acogido. Al estimarse el recurso de casación interpuesto tampoco se hace especial condena sobre las costas derivadas de su acogimiento.

Todo ello en aplicación de los arts. 394 y 398 LEC.

Conforme a la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup>, apartado 8 LOPJ, procede devolver a la parte recurrente el depósito constituido.

#### **FALLO**

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

**1.º-** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por D. Fructuoso, con imposición de costas al recurrente y pérdida del depósito constituido relativo a dicho recurso.

**2.º-** Casar la sentencia de fecha 25 de abril de 2016, dictada por la sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Gijón, en el rollo de apelación 239/2015, y, en consecuencia, estimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Gijón, con fecha 28 de enero de 2015, en los autos de juicio ordinario núm. 10/2014, y revocando esta última resolución, estimamos la demanda formulada por el actor D. Fructuoso, y, en consecuencia, condenamos a la compañía de seguros Generali Seguros S.A. (antes la Estrella) a abonar al actor la suma de 392.289,21 euros, así como a las compañías Zurich España Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. y Mapfre Empresas S.A., a pagar al demandante un total de 130.763,07 euros, cada una de ellas, cantidades de las que habrá que deducir, en dicha proporción, la sumas indemnizatorias percibidas por el demandante de sus empleados con posterioridad a la presentación de la demanda. Todo ello, con devengo de los intereses del art. 20 de la LCS a partir de la notificación de esta sentencia.

**3.º-** Se condena igualmente a las compañías a que, en los porcentajes del 60% Generali y el 20% cada una de las otras codemandadas, abonen las costas devengadas en el procedimiento penal de las diligencias previas 2520/2008 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Gijón y las devengadas ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 8.<sup>a</sup>, desde la fecha en que fueron o sean judicialmente aprobadas, data a partir de la cual se devengan los intereses del art. 20 LCS.

**4.º-** No imponer a ninguna de las partes las costas de primera, ni segunda instancia, ni las correspondientes al recurso de casación.

**5.º-** Devolver al recurrente el depósito constituido para recurrir en casación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.