

Roj: **STS 2364/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2364**Id Cendoj: **28079110012009100275**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **20/04/2009**Nº de Recurso: **870/2004**Nº de Resolución: **245/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP AL 140/2003,**
STS 2364/2009,
AATS 13754/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Abril de dos mil nueve

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos de casación interpuestos, por ALLIANZ, SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Dolores Jiménez Tapia, D. Carlos Ramón , representado por la Procuradora D^a Carmen Soler Pareja, y por PLUS ULTRA COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por el Procurador de los Tribunales D. José Fernando de Barthe Ruiz, contra la Sentencia dictada, el día 3 de febrero de 2003, por la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Almería en el rollo de apelación nº 155/02, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Almería, en los autos de Mayor Cuantía nº 30/00. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Antonio del Castillo-Olivares Cebrian, posteriormente sustituido por la Procuradora D^a Coral del Castillo Barjacoba, en nombre y representación de la entidad "PLUS ULTRA, CIA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS", así como el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de la sociedad "ALLIANZ, SEGUROS Y REASEGUROS, S.A.", en calidad de parte recurrente. Asimismo la Procuradora D^a Mercedes Rodríguez Pujol, compareció en nombre y representación de D. Eulalio y la Procuradora D^a Isabel Campillo García en nombre y representación de "MUSINI, S.A. SEGUROS Y REASEGUROS", en calidad de partes recurridas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Almería, interpuso demanda de juicio ordinario de mayor cuantía, "MUSINI, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A." contra D. Carlos Ramón , D. Eulalio , "AGF-Unión Fénix Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A" y "PLUS ULTRA, S.A. de Seguros y Reaseguros. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: " se dicte sentencia por la que:

(i) se condene a D. Carlos Ramón a pagar a MUSINI la cantidad de 59.155.208 Pesetas en concepto de principal, así como al pago de los intereses devengados desde su fecha de pago por MUSINI el 30 de julio de 1998;

(ii) se condene a D. Eulalio a pagar a MUSINI la cantidad de 166.902.508 Pesetas en concepto de principal, así como al pago de los intereses devengados desde su fecha de pago por MUSINI el 30 de julio de 1998;

(iii) se condene a PLUS ULTRA solidariamente junto con su asegurado Don Eulalio , a pagar a MUSINI el importe de 50.000.000 Pesetas en concepto de principal, así como al pago de los intereses devengados desde su fecha de pago por MUSINI el 30 de Julio de 1998; iv) se condene a AGF-FENIX solidariamente junto con su asegurado





Don Eulalio , a pagar a MUSINI el importe de 116.902.508 Pesetas en concepto de principal, así como al pago de los intereses devengados desde su fecha de pago por MUSINI el 30 de julio de 1998;

(v) se condene a PLUS ULTRA al pago de 52.881.937 Pesetas en concepto de intereses de demora que tuvieron que ser adelantados por MUSINI y que correspondía pagara PLUS ULTRA, así como a los intereses devengados desde la fecha de su pago por MUSINI;

(vi) se condene a AGF-FENIX al pago de 187.178.866 Pesetas en concepto de intereses de demora que tuvieron que ser adelantados por MUSINI y que correspondía pagar a AGF-FENIX, así como los intereses devengados desde su fecha de pago por MUSINI".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Eulalio , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte en su día Sentencia por la que:

1. Se desestime totalmente la demanda en lo relativo a lo reclamado a D. Eulalio , absolviéndole libremente del pago de la cantidad de 166.902.508 pts. en concepto de principal así como al pago de los intereses.

2. Se condene a PLUS ULTRA, aseguradora de mi representado, al pago de la cantidad de 50.000.000 pts. más los intereses devengados y al pago de los intereses de demora que ascienden a 52.881.937 pts.

3. Se condene a AGF-FENIX (ahora ALLIANZ), aseguradora de mi representado, al pago de la cantidad de 116.902.508 pts. más los intereses devengados y al pago de los intereses de demora que ascienden a la cantidad de 187.178.866 pts.

4. Se condene al actor al pago de las costas del presente proceso se desestime la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora."

La representación de PLUS ULTRA, COMPAÑIA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: "... se digne dictar sentencia por la que se desestime la demanda interpuesta frente a PLUS ULTRA, COMPAÑIA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, con expresa imposición a la demandante de las costas originadas a esta parte".

La representación de D. Carlos Ramón , alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando "...dictar en su día Sentencia, por la que desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a Don Carlos Ramón de las peticiones que se contienen en la misma, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora, dada su temeridad y mala fe".

La demandada AGF-ALLIANZ CIA. DE SEGUROS Y REASEGUROS, compareció en autos fuera del término.

Contestada la demanda por los demandados personados dentro del plazo conferido y dado el oportuno traslado a la representación de la actora para réplica, renunciando la misma a dicho trámite, dictándose Auto con fecha 12 de junio de 2000 acordándose recibir el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Almería (antiguo Jdo. Mixto nº 7) dictó Sentencia, con fecha 29 de enero de 2002 y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por Musini, Sociedad Mutua de Seguros y Reaseguros a prima Fija representada por la Procuradora D^a María del Mar Gazquez Alcoba, frente a AGF-Unión Fenix Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (actualmente Allianz Ras) representada por la Procuradora Sra. Doña María Dolores Jiménez Tapia, y frente a Plus Ultra, S.A., de Seguros y Reaseguros representado por el Procurador D. José Fernando Barthe Ruiz, debo CONDENAR a AGF-Unión Fenix al pago a la actora de la suma de 3.081.756 pesetas, es decir 18.521,73 Euros, con el interés legal y el prevenido en el art. 921 de la L.E.C ., desde la fecha de presentación de la demanda hasta su completo pago y debo CONDENAR a Plus Ultra al pago a la actora de la suma de 341,401 pesetas con el interés legal desde la fecha de interpelación judicial hasta su completo pago y el prevenidos en el art. 921 L.E.C ., sin hacer expresa condena en las costas procesales. Y estimada la demanda formulada por Musini frente a Don Carlos Ramón representado por el Procurador Sr. Soler Pareja, y frente a D. Eulalio representado por el Procurador Sr. Guijarro Martínez, debo ABSOLVER a los demandados con imposición de costas a la actora".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación MUSINI, SOCIEDAD MUTUA DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA. Sustanciada la apelación, la Sección 3^a de la Audiencia Provincial de Almería dictó Sentencia, con fecha 3 de febrero de 2003 , con el siguiente fallo: " Que con ESTIMACIÓN PARCIAL del recurso de apelación deducido por la representación procesal de "Musini, S.A." y DESESTIMANDO la impugnación formulada por la representación de "Plus Ultra, S.A." contra la sentencia dictada con fecha 29 de Enero de 2002, por la lltma. Magistrada Juez del Juzgado de 1^a Instancia nº 4 (Antiguo Mixto nº 7) de Almería , en Autos de Juicio de Mayor Cuantía de los que deriva la presente alzada, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la



expresada resolución y, en su lugar, con **ESTIMACIÓN PARCIAL** de la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Gazquez Alcoba, en nombre y representación de MUSINI, S.A., frente a Don Carlos Ramón, representado por la Procuradora Sra. Soler Pareja; Don Eulalio, representado por el Procurador Sr. Guijarro Martínez; la entidad aseguradora Allianz, representada por la Procuradora Sra. Jiménez Tapiá; y la también aseguradora "Plus Ultra, S.A.", representada por el Procurador Sr. Barthe Ruiz debemos condenar y condenamos:

1º).- A Don Carlos Ramón a pagar a MUSINI la cantidad de **TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS VEINTINUEVE EUROS Y NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS** (355.529,96 euros equivalente a 59.155.208 Pesetas) en concepto de principal, más sus intereses legales devengados desde la interposición de la demanda.

2º).- A Don Eulalio a pagar a la actora, la cantidad de **UN MILLON TRES MIL CIENTO CUATRO EUROS Y VEINTIOCHO CÉNTIMOS** (1.003.1004,28 euros, equivalente a 166.902.508 pesetas), en concepto de principal, más sus intereses legales devengados desde la interposición de la demanda.

3º).- A "Plus Ultra, S.A." a pagar, de la cantidad impuesta al Sr. Eulalio y solidariamente con éste, la suma de **TRESCIENTOS MIL QUINIENTOS SEIS EUROS Y CINCO CÉNTIMOS** (300.506,05 euros equivalente a 50 millones de pesetas) en concepto de principal, más sus intereses legales devengados desde la interposición de la demanda.

4º).- A "Allianz, S.A." a pagar, de la cantidad impuesta al Sr. Eulalio y solidariamente con éste, la suma de **SETECIENTOS DOS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y OCHO EUROS Y VEINTIDÓS CÉNTIMOS** (702,598,22 euros, equivalentes a 116.902.508 Pesetas) en concepto de principal, más sus intereses legales devengados desde la interposición de la demanda.

5º).- A "Plus Ultra, S.A." a pagar en concepto de intereses de demora adelantados por MUSINI, la cantidad de **TRESCIENTOS DIECISIETE MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS EUROS Y OCHENTA Y CUATRO CENTIMOS** (317.826,84 euros, equivalente a 52.881.937 pesetas), más sus intereses legales devengados a partir de la interposición de la demanda.

6º).- A "Allianz, S.A." a pagar, en concepto de intereses de demora adelantados por MUSINI, la cantidad de **UN MILLON CIENTO VEINTICUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE EUROS Y SESENTA Y CUATRO CÉNTIMOS** (1.124.967,64 euros, equivalente a 187.178.866 pesetas), más sus intereses legales devengados desde la interposición de la demanda.

La cantidad resultante de las otorgadas en los apartados anteriores será minorada en la suma de 57.919,54 euros (equivalente a 9.637.000 pesetas), que fue satisfecha con anterioridad por la aseguradora "Plus Ultra".

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia, así como de las originadas por el recurso de apelación interpuesto por "MUSINI, S.A." y condenando a "Plus Ultra, S.A." en cuanto a las producidas por su impugnación a la sentencia".

TERCERO. Anunciado por la representación procesal de ALLIANZ, SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., recurso de casación y posteriormente recurso extraordinario por infracción procesal; por la representación de PLUS ULTRA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, y por la representación procesal de D. Carlos Ramón recurso de casación, contra la sentencia de apelación el Tribunal de instancia tuvo por preparados los interpuestos por Plus Ultra, Carlos Ramón, y respecto al anunciado por Allianz, tuvo por interpuesto el recurso de casación por la misma anunciado y en relación con el extraordinario por infracción procesal dicto Auto con fecha 14 de marzo de 2003, acordando no dar lugar a tener por preparado dicho recurso extraordinario por infracción procesal, interponiéndose por la representación de Allianz, recurso de queja ante la Sala I del Tribunal Supremo que fue resuelto por Auto de fecha 30 de diciembre de 2003, y que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "**ESTIMAR EL RECURSO DE QUEJA** interpuesto por el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de la entidad ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., contra el Auto de fecha 14 de marzo de 2003, que se deja in efecto por el que la audiencia Provincial de Almería (Sección Tercera) denegó tener por preparado recurso extraordinario por infracción procesal contra la Sentencia de 3 de febrero anterior, debiendo comunicarse este Auto a la referida Audiencia para que continúe la tramitación de dicho recurso, a la que se devolverán las actuaciones (rollo de apelación núm. 155/2002)".

La representación de PLUS ULTRA COMPAÑÍA ANONIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, formalizó recurso extraordinario por infracción procesal, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del nº 2 del apartado 1º del art. 469 de la LEC, por infracción de la norma procesal reguladora de la Sentencia contenida en el art. 218.1 de la LEC.

Segundo.- Al amparo del nº 2 del apartado 1 del artículo 469 de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia contenida en los arts. 217.2 y 218.2 de la LEC.

Tercero.- Al amparo del nº 2 del apartado 1 del artículo 469 de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia contenida en el art. 218.1 de la LEC .

Formalizó el recurso de casación con fundamento en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC por infracción de los arts. 1º y 3º de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 , aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción del art. 1145 del Código Civil , en relación con el art. 116 del Código Penal , aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

Tercero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro , en relación con el art. 1903 del Código Civil , aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

Cuarto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción del artículo 32 de la Ley de Contrato de Seguro , aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso.

Quinto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción del art. 20 de la Ley de contrato de Seguro, en relación con los arts. 1 y 3 del mismo texto legal, aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

Sexto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción de los arts. 1158, 1145 y 1195 del Código Civil , aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

La representación de D. Carlos Ramón , interpuso recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, con fundamento en los siguientes motivos:

Único: Infracción de los arts. 1089, 1092, 1902, 1903 y 1158 del Código Civil , en relación con los artículos 21,2, y 107 del Código Penal de 1973 , art. 43 de la Ley de Contrato de Seguro , Decreto 1085/1982 y Decreto 2913/1973 .

La representación de ALLIANZ, SEGUROS Y REASEGUROS, interpuso recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 22 del Real Decreto 1085/92, de 11 de Septiembre .

Segundo: Al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 3, 20, 32 y 43 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre 1980 , en relación con los artículos 1101, 1902, 1254, 1255, 1281 y 1282 del Código Civil .

Tercero: Sobre valoración de la prueba, por infracción de los artículos 217, 316, 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Asimismo interpuso Recurso Extraordinario por Infracción Procesal, con fundamento en los siguientes motivos:

Unico: Al amparo del art. 469, 1º y 3º de Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la causa 10ª del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , así como el art. 221.1 de la misma y el art. 102 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por resolución de fecha 2 de septiembre de 2003, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, el Procurador D. Antonio del Castillo-Olivares Cebrian, posteriormente sustituido por la Procurador Dª Coral del Castillo-Olivares Barjacoba, en nombre y representación de la entidad "PLUS ULTRA, CIA ANONIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS"; así como el Procurador D. Antonio Ramón Rueda López, en nombre y representación de la sociedad "ALLIANZ, SEGUROS Y REASEGUROS, S.A." presentaron escritos ante esta Sala, personándose en concepto de partes recurrentes. Asimismo la Procuradora Dª Mercedes Rodríguez Puyol, en nombre y representación de D. Eulalio y la Procuradora Dª Isabel Campillo García, en nombre y representación de la entidad "MUSINI, S.A. SEGUROS Y REASEGUROS", presentaron escritos personándose en concepto de partes recurridas.

Por Auto de fecha 22 de enero de 2008, la Sala acuerdo declarar desierto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Ramón , y admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de "Plus Ultra, Cia Anónima de Seguros y Reaseguros" y de "Allianz, Cia de Seguros y Reaseguros".

Evacuados los traslados conferidos al respecto fueron presentados los oportunos escritos de oposición a los respectivos recursos por las representaciones procesales de D. Eulalio , y de "Musini, S.A. Seguros y Reaseguros".



QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el dieciocho de marzo de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. D^a. **ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados

1º El 10 de abril de 1993 se produjo una explosión de gas en el restaurante propiedad de D. Carlos Ramón que causó 4 muertos, 22 heridos y numerosos daños materiales.

2º Por este suceso se siguieron diligencias penales, resultando condenados D. Carlos Ramón y D. Eulalio por una falta de imprudencia simple con resultado de muerte, lesiones y daños, por sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Almería, de 30 diciembre 1997, revocada en parte y con relación sólo a la cuantía de las indemnizaciones, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 6 junio 1998. Las responsabilidades se concretaron en la sentencia condenatoria del siguiente modo: el 65% del daño se atribuyó a D. Eulalio y el restante 35% a D. Carlos Ramón, resultando condenados de forma directa y solidaria.

3º Los seguros que cubrían las respectivas responsabilidades de los demandados eran los siguientes:

a) D. Carlos Ramón estaba asegurado hasta un límite de 10.000.000 Ptas. (60.101,21?) con la compañía Seguros Generales Rural, S.A., que pagó la indemnización que le correspondía y por ello no resulta demandada en este pleito.

b) D. Eulalio tenía suscritas las siguientes pólizas: i) una con AGF-FÉNIX, por los primeros 50.000.000 Ptas. (300.506,05 ?); ii) una segunda con PLUS ULTRA, que cubría a partir de 50.000.001 hasta el límite de 100.000.000 Ptas. (601.012,10?), y iii) otra póliza con AGF-FÉNIX, que cubría desde 100.000.001 hasta 500.000.000 ptas (3.005.060,52?).

4º En el procedimiento penal resultó condenada REPSOL BUTANO, S.A., como responsable civil subsidiaria. Su aseguradora MUSINI se vio obligada a pagar las siguientes cantidades en este concepto: i) 226.466.108 Ptas. (1.361.088,72?) en concepto de principal, ii) y 255.383.914 Ptas. (1.534.888,24?) en concepto de intereses de demora.

5º MUSINI demandó a D. Carlos Ramón, D. Eulalio, AGF-UNION FÉNIX, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., hoy ALLIANZ, Seguros y Reaseguros, S.A. y PLUS ULTRA, S.A., de Seguros y Reaseguros, ejercitando la acción de regreso establecida en los artículos 116 CP, 1158 CC, 19 y 76 LCS y pidió que se condenara a los respectivos demandados al pago de las cantidades que les correspondían proporcionalmente en concepto de principal e intereses.

6º Los diversos demandados respondieron alegando lo que creyeron conveniente, siendo de resaltar a los efectos de este recurso de casación la contestación de PLUS ULTRA, que consideró que la demandante MUSINI se había visto obligada a pagar las cantidades que pagó porque existía un contrato concertado por el INSTITUTO NACIONAL DE HIDROCARBUROS (INH) que cubría la responsabilidad de REPSOL BUTANO y en cuyas cláusulas se decía que se incluía no solo a REPSOL, sino a cualquier empresa subsidiaria, participada, afiliada, asociada o controlada por las que tuviese la obligación de responder; en este programa de seguros se contrató un coaseguro en el que MUSINI figuraba con una participación de un 79%, de manera que al ser D. Eulalio una empresa ligada con REPSOL, MUSINI la aseguraba directamente y no podía luego ejercitar la acción de repetición contra ella. Además, PLUS ULTRA alegaba que la sentencia penal había condenado a D. Eulalio como instalador y que este riesgo no aparecía cubierto en la póliza.

7º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Almería, de 29 enero 2002, estimó parcialmente la demanda. Considera: a) que en la sentencia penal queda claramente determinado que se ha producido el riesgo de cobertura pactado en la póliza porque D. Eulalio fue condenado como distribuidor; b) rechaza la subsidiariedad de la reclamación efectuada por MUSINI, porque considera que REPSOL BUTANO estaba cubierta por un seguro múltiple, en el que estaba implicado MUSINI, dándose una concurrencia de seguros que cubrían el mismo riesgo y el mismo periodo de vigencia; c) además, entendió que REPSOL llevó a cabo una conducta omisiva por lo que hay que considerarla también responsable. De este modo se debían examinar las proporciones en que los condenados deben responder según la sentencia penal y señaló que *"si Musini es aseguradora de Repsol Butano, S.A. y éste incurre en la responsabilidad descrita, la pretensión de hacerse pago de 59 millones que reclama el Sr. Carlos Ramón debe decaer"*. Consideró, por tanto, corresponsable a REPSOL, aplicó la concurrencia de culpas y declaró improsperable la reclamación de MUSINI en esta parte. De este modo: a) condenó a las aseguradoras al pago de determinadas cantidades; b) desestimó la demanda en relación con D. Carlos Ramón y D. Eulalio.





8º Apeló la sentencia MUSINI. La demandada PLUS ULTRA formuló a su vez recurso de apelación en lo que le resultaba desfavorable, al tiempo que impugnaba el recurso de MUSINI. La sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3ª, de 3 febrero 2003, revocó la apelada y estimó en parte la demanda. En relación con los puntos de la apelación, la sentencia recurrida dice lo siguiente: a) la sentencia penal condenó a D. Eulalio por haber infringido sus obligaciones de distribuidor, como se deduce, además, de los hechos probados en el procedimiento y del interrogatorio de D. Eulalio. De donde concluye que *"la póliza de seguros que dicha entidad [PLUS ULTRA] tenía concertada con el Sr. Eulalio amparaba el suministro objeto de este en el tramo comprendido entre los 50 y los 100 millones de pesetas de indemnización, ya que los cincuenta primeros millones quedan cubiertos por la póliza suscrita con" ALLIANZ*; b) respecto de la inclusión del Sr. Eulalio en el seguro concertado por el Instituto Nacional de Hidrocarburos con la compañía MUSINI, en la que figuraba encuadrada REPSOL BUTANO, la sentencia recurrida discrepa de la apelada porque dice que ésta llega a la conclusión, *"a nuestro juicio errónea, de que dicha Póliza ampara como asegurado al distribuidor demandado pues si así fuese, carecería de sentido, dada la amplia cobertura de la misma, cuyo límite indemnizatorio, solo por la garantía de Responsabilidad civil Terrestre alcanzaba en el año 1993 en que sobrevino el siniestro, la suma de 32.500 millones de pesetas, que las distribuidoras tuvieran que concertar sus propios seguros o, como es el caso, adherirse a los contratados con carácter general por la Asociación de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados"*. Concluye que no existe seguro múltiple y debe ser acogido en este punto el recurso de la aseguradora; c) por lo que respecta a la improcedencia de la reclamación formulada por MUSINI contra el distribuidor de REPSOL, *"[...] deviene incuestionable que la actora puede ejercitar, tal y como lo ha hecho en este proceso, la acción de repetición contemplada en el artículo 1145 CC, puesto que al haber satisfecho, en su mayor parte, las indemnizaciones otorgadas judicialmente, puede reclamar de sus codeudores -cualidad que ostentan los cuatro demandados en esta litis, incluido el Sr. Carlos Ramón por su cuota de responsabilidad en el siniestro- la parte que a cada uno corresponde más los intereses desembolsados"*; d) la sentencia penal que ha condenado a los acusados y a los responsables civiles subsidiarios al pago de la correspondiente indemnización vincula a la jurisdicción civil, según doctrina del Tribunal Supremo y *"entenderlo de otra manera, traería las consecuencias de desvalijar de seguridad a los juicios penales y de su fuerza de ejecutoriedad y subrepticamente poder controlar sus fallos decisorios[...]"*, por lo que *"deviene incuestionable que la sentencia civil no puede emitir declaraciones o pronunciamientos que alteren, modifiquen, reinterpreten y por ende, desvirtúen las que, con carácter definitivo y eficacia vinculante recogió la sentencia penal firme precedente"*. De este modo concluye la sentencia recurrida que *"[...] queda fuera de toda duda el derecho de la entidad actora en su doble vertiente de aseguradora de un responsable civil subsidiario, y de responsable directo solidario ella misma, de reclamar a los demás responsables civiles directos y a sus aseguradoras hasta el límite de sus respectivas cuotas y dentro de las coberturas"* correspondientes y, además, D. Carlos Ramón resulta responsable en virtud del 35% que le atribuyó la sentencia penal. De este modo, estima en parte la demanda y condena a las demandadas al pago de las cantidades que les corresponden proporcionalmente en concepto de principal y de intereses.

Recurren en casación las inicialmente demandadas PLUS ULTRA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, que interpuso recurso por infracción procesal y de casación y ALLIANZ, CIA DE SEGUROS Y REASEGUROS, que interpuso solamente recurso de casación al amparo del artículo 477.1 LEC. El auto de esta Sala de 22 enero 2008 admitió los recursos. Asimismo, declaró desierto el interpuesto por D. Carlos Ramón.

SEGUNDO. Antes de comenzar el examen de los diversos recursos interpuestos, debe recordarse que la acción que se ejercitó en este pleito fue la de regreso interpuesta por MUSINI como aseguradora del declarado responsable civil subsidiario; efectivamente, MUSINI pagó las cantidades a las que había sido condenada su asegurada REPSOL BUTANO, S.A, como responsable civil subsidiaria, así como los correspondientes intereses. El responsable civil subsidiario actúa como un garante frente a la víctima, pero no asume la responsabilidad definitiva porque puede repetir. Por tanto aquí no se va a discutir sobre la participación o no de los condenados en la vía penal en la producción del daño que originó la indemnización, porque dicha condena no puede cuestionarse y, en consecuencia, la discusión se centra en el ejercicio en vía civil, de la acción de regreso ejercitada por quien pagó por su asegurado, declarado responsable civil subsidiario.

A) Recurso por infracción procesal de PLUS ULTRA, compañía anónima de Seguros y Reaseguros.

TERCERO. Por coherencia metodológica debe iniciarse esta sentencia con el examen del recurso por infracción procesal formulado por la recurrente PLUS ULTRA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, al amparo del Art. 469 LEC. El primer motivo señala la infracción de la norma contenida en el Art. 218.1 LEC. De acuerdo con la demanda, la actora ejercita la acción definida en el Art. 1158 CC y la sentencia recurrida guarda silencio en este punto, por lo que deja imprejuzgada alguna de las cuestiones que forman parte de la demanda y del debate procesal.

El motivo se desestima.





La recurrente denuncia la existencia de incongruencia omisiva al no pronunciarse la sentencia recurrida sobre uno de los argumentos de derecho utilizados por la demandante. Esta Sala ha entendido repetidamente que la demandada no puede alegar en el recurso la incongruencia de la sentencia en relación a la demanda que ella no presentó. La incongruencia debe ser tenida en cuenta en tanto que la sentencia no responde todos los términos de la demanda o responde de forma distinta a lo que se ha demandado y ello porque puede producir indefensión, al no haberse respondido o haberse respondido de forma diferente a como estuvo planteada la demanda; por ello no puede ser alegada por la parte demandada, a quien no se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva.

CUARTO. *El segundo motivo* denuncia la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, contenidas en los Arts. 217.2 y 218.2 LEC . Señala la recurrente que no se ajusta a las reglas de la carga de la prueba, ni a las de la lógica y la razón en la motivación de los elementos fácticos y jurídicos. No se puede presumir la responsabilidad de PLUS ULTRA estableciendo que pudo ser parte en el proceso penal, aunque se reconoce que no lo fue, de modo que una solidaridad mal entendida justifica el éxito de la acción de repetición. Dice que para ejercer dicha acción de repetición es presupuesto incuestionable , que REPSOL sea considerado deudor solidario, lo que la sentencia dictada niega de plano al rechazar toda posibilidad de contribuir a la deuda en el porcentaje correspondiente.

El motivo no se estima.

La recurrente insiste en la tesis mantenida en la sentencia de 1ª Instancia, de acuerdo con la que REPSOL hubiera sido responsable del siniestro de forma directa, o sea, por hecho propio, por lo que al ignorarlo falta a las reglas del sentido común. Esto no puede sostenerse en este caso, ya que no se trata de que la sentencia haya ignorado las reglas de la carga de la prueba; es que el procedimiento se plantea sobre una base muy distinta de lo que está pretendiendo la recurrente. Debe recordarse aquí que en la demanda se ejerce una acción de regreso como ya se ha señalado en el Fundamento segundo, por lo que los hechos declarados probados en la sentencia penal, condenatoria de D. Eulalio y D. Carlos Ramón , son inamovibles.

QUINTO. *El tercer motivo* denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia contenidas en el Art. 218.1 LEC . Se refiere a un error en las cantidades pagadas por la recurrente.

El motivo no se estima .

Si la recurrente consideraba que se había condenado a unas cantidades no debidas por concurrencia de un error en las valoraciones efectuadas en la sentencia recurrida, debería haber pedido aclaración de la sentencia, pero no puede ahora recurrir a la casación para señalar un error, cuando esta Sala tiene dicho que la determinación de las cantidades es competencia de la Sala de instancia (p.e., STS 17 diciembre 2008 , entre otras muchas).

b) Recurso de casación de PLUS ULTRA, Compañía anónima de Seguros y Reaseguros.

SEXTO. *El primer motivo* del recurso de casación presentado por la recurrente PLUS ULTRA, denuncia la infracción de los Arts. 1 y 3 LCS . Dice que el hecho que generó la responsabilidad de su asegurado el Sr. Eulalio no tenía cobertura en la póliza de responsabilidad civil. Este motivo se va a examinar conjuntamente con el tercero, en el que se denuncia la infracción del Art. 43 LCS , en relación con el Art. 1903 CC . Pretende aplicar las reglas de la subrogación cuando argumenta que el Sr. Eulalio tiene la condición de asegurado en la póliza suscrita entre Repsol y MUSINI por lo que a tenor de reiterada jurisprudencia, la acción subrogatoria es improcedente, entendiéndose que no existe ningún crédito entre el Sr. Eulalio y REPSOL, por lo que a su entender no se habría podido ejercitar la acción subrogatoria. Intenta volver a plantear el tema del seguro contratado por INH para cubrir las responsabilidades de REPSOL BUTANO y las empresas subsidiarias, asociadas, etc., entre las, que a pesar de lo afirmado en la sentencia recurrida, insiste en incluir a D. Eulalio como distribuidor.

Ambos motivos se desestiman.

Los argumentos de estos dos motivos se pueden resumir en los siguientes, para clarificación de lo que se está discutiendo en el recurso, lo que no resulta fácil.

a) En primer lugar se utiliza el argumento de la dependencia del causante del daño, D. Eulalio , de la empresa REPSOL BUTANO; por ello se considera que REPSOL tenía cubierta la responsabilidad por MUSINI y que en consecuencia, para poder ejercitar ésta la acción contra una de las aseguradoras de D. Eulalio , la asegurada REPSOL tenía que ostentar un crédito contra el causante del daño. Pero a ello debe oponerse una realidad incontestable que la recurrente olvida y es que la acción ejercitada por MUSINI en este procedimiento no es la subrogatoria, sino la acción de regreso; es decir, MUSINI no se coloca en el lugar del acreedor, sino que después de haber pagado la obligación del asegurado, reclama a los verdaderos causantes del daño para recuperar las cantidades pagadas, como responsable civil subsidiario, porque ostenta un crédito contra ellos.



Por otra parte, el Sr. Eulalio no era dependiente de REPSOL, y ello no se declaró así en las sentencias penales, que condenaron a REPSOL "[...] por la inadecuada organización establecida por su parte, o en su caso por parte de la persona física que ella designó como delegado y distribuidor de zona a quien a su vez le suministraba", y ello de acuerdo con el Art. 22 en relación con el 21 del Código penal vigente en el momento de producirse el siniestro.

b) En segundo lugar, habiéndose declarado a REPSOL como responsable civil subsidiario, incluso en la hipótesis de que hubiera debido haberse aplicarse el Art. 1903 CC, el recurrente olvida que de acuerdo con el Art. 1904 CC el empresario puede ejercitar también la acción de regreso contra su empleado causante del daño.

c) La póliza contratada por INH no cubría las actividades del Sr. Eulalio, porque como afirma la sentencia recurrida, de haber quedado cubierto, no se justifica la batería de seguros contratados por D. Eulalio.

d) Además, los argumentos que expone la recurrente en los motivos que ahora se examinan hacen supuesto de la cuestión, porque pretende imponer sus propias conclusiones no sólo de forma diferente a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, sino también en la propia sentencia penal, que es el origen de la acción ejercitada en este procedimiento.

Los argumentos utilizados en este fundamento para desestimar los motivos primero y tercero, sirven también para desestimar el *motivo cuarto*, que denuncia la inaplicación del Art. 32 LCS, que alega la existencia de varias pólizas de seguro sobre el mismo daño, porque al encajar el Sr. Eulalio perfectamente en la condición de asegurado a través de MUSINI en la póliza general de INH y al negar la sentencia recurrida dicha condición, inaplica el citado Art. 32 LCS. Como se ha dicho antes, la póliza concertada por INH, que incluía a REPSOL, no aseguraba la actividad de D. Eulalio, sino la de REPSOL BUTANO, por lo que no se pudo producir nunca el supuesto previsto en el Art. 32 LCS.

SÉPTIMO. El *segundo motivo* denuncia la infracción del Art. 1145 CC, en relación con el Art. 116 CP. Señala PLUS ULTRA que no fue parte en el procedimiento penal y es inadmisibles por ello la tesis de la Audiencia Provincial de que la solidaridad es extensiva a las aseguradoras de la responsabilidad civil del condenado, por lo que se admite el ejercicio de la acción de repetición por parte de la aseguradora del responsable civil subsidiario. Señala que al no haber sido parte en el proceso penal, no pudo ofrecer nunca condición de deudora tercera solidaria.

El motivo no se estima.

No puede admitirse la argumentación vertida en este motivo. La aseguradora de quien ha cometido el delito o falta es responsable de acuerdo con lo establecido en el Art. 117 CP, de modo que, una vez condenado el asegurado, el asegurador responde si el hecho está cubierto en la póliza, hubiera sido o no parte la aseguradora en el proceso penal y ello sin perjuicio de las acciones que le correspondan frente a su asegurado.

OCTAVO. El *motivo quinto* señala la infracción del Art. 20 LCS, en relación con los Arts. 1 y 3 LCS. El instructor del proceso penal debió llamar a la compañía aseguradora, o bien si no conocía la existencia de tal seguro, exigir al procesado Sr. Eulalio la aportación de dichas pólizas. Además, MUSINI debería haber consignado en el primer momento las cantidades correspondientes y al no hacerlo e ignorar la existencia de otros aseguramientos, incurrió ella misma en mora, por lo que no es correcto repercutir en quien no participó en el proceso y desconocía los daños la parte proporcional que tuvo que pagar. Además, se dice que en 1996 se comunicó a Plus Ultra la apertura del juicio oral, lo que hace absurdo que se impongan los intereses desde 1993, cuando además, Plus Ultra niega que su asegurado tuviera cubierto este siniestro. Por lo que al no haber podido tomar parte en el proceso penal, no pudo intervenir, ni valorar los hechos. Así solo desde el momento en que se decida el recurso, se habrá constituido en mora la aseguradora recurrente.

El motivo se desestima.

Esta Sala ha venido repitiendo que para excluir la mora del asegurador se requiere que exista un motivo razonable de excusabilidad, que no se produce en este caso, porque la aseguradora recurrente hubiera podido evitar las consecuencias de la mora consignando el importe mínimo establecido en el artículo 18 LCS, lo que no realizó. Lo anterior nos lleva a concluir que la condena al pago de los intereses es una consecuencia de su propia conducta, de modo que conociendo el siniestro, no se preocupó de tener una actitud diligente para evitar el pago de los intereses a los que ahora ha resultado condenada (sentencia de 14 julio 2008, así como las de 17 septiembre, 10 octubre, 29 octubre y 10 noviembre 2008, entre las más recientes).

NOVENO. Las razones antes aportadas comportan asimismo la desestimación del *sexto motivo* del recurso, que denuncia la infracción de los Arts. 1158, 1145 y 1195 CC, subsidiario del recurso por infracción procesal, de modo que deben considerarse aquí reproducidos los argumentos del Fundamento Sexto de esta sentencia.

C) Recurso de casación de ALLIANZ, Compañía de Seguros y Reaseguros.



DÉCIMO. *El primer motivo* del recurso de casación presentado por ALIANZ, denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 22 del RD 1085/1992, de 11 de septiembre, porque según dicha disposición, nunca se podría haber condenado a D. Eulalio como distribuidor. Del texto de dicho artículo deduce la recurrente que si dicho distribuidor hubiese sido una empresa dependiente y sin subordinación de REPSOL, no habría tenido la obligación de informar o de hacer de intermediario entre la empresa suministradora y el usuario, quedando acreditado que el incumplimiento de las obligaciones impuestas estaba cubierto por la póliza concertada con el INH al ser una empresa controlada, vinculada y subsidiaria de Repsol.

El motivo se desestima.

Esta recurrente pretende que se diga, en contra de los hechos probados en las diversas instancias por las que han pasado las reclamaciones por los daños causados en la explosión e incendio del restaurante propiedad de D. Carlos Ramón, que se considere a D. Eulalio en una cualidad que no ostentaba, para así evitar la cobertura por la póliza. En el proceso penal se declaró probado que el Sr. Eulalio sólo actuaba como distribuidor de la bombona que explotó y esta actividad fue la prevista en la póliza concertada con la ahora recurrente. Por tanto no es de recibo la argumentación de ALLIANZ, repetida a lo largo del procedimiento, de acuerdo con la que se habría condenado a su asegurado como "instalador", lo que no es cierto. Al insistir en esta interpretación, debe concluirse que la recurrente ha incurrido en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión.

Además, debe repetirse también en este recurso lo dicho en la argumentación del presentado por la recurrente PLUS ULTRA, o sea que en el proceso se ejerció sólo una acción de regreso y que las responsabilidades han quedado fijadas en sede penal.

DECIMO PRIMERO. *El segundo motivo* de este recurso señala la infracción de los artículos 3, 20, 32 y 43 LCS, en relación con artículos 1101, 1902, 1254, 1255, 1281 y 1282 CC. Dice que la exoneración de MUSINI infringe las disposiciones de la Ley de Contrato de Seguro en relación con los otros artículos que se citan como infringidos, porque las condiciones generales de las pólizas de seguro de responsabilidad civil aplicables a este siniestro no tienen ningún vicio o defecto, están redactadas de forma clara y precisa y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, desvirtuando los fundamentos establecidos en las sentencias dictadas en el juicio penal.

El motivo no se estima.

La razón de la no admisión se funda en la cita de artículos diversos, y múltiples, que impide conocer a esta Sala con claridad dónde se halla la pretendida vulneración denunciada. La recurrente tiene la carga de identificar claramente las normas vulneradas, de modo que cuando se alegan múltiples artículos que tienen un contenido diverso, se impide a la Sala conocer la exacta infracción sobre la que se argumenta (STS de 23 diciembre 2008, entre muchas otras). Y ello es lo que ocurre en este caso en que se alega la transgresión conjunta del Art. 1101 CC, relativo a la responsabilidad por incumplimiento de contrato, el 1902 CC, sobre responsabilidad extracontractual, el Art. 1254 CC que define el concepto de contrato y que por su contenido genérico, no puede admitirse; el Art. 1255 CC sobre la autonomía de la voluntad y sus límites y los Arts. 1281 y 1282 CC sobre interpretación de los contratos, cuya alegación conjunta tampoco ha sido admitida por esta Sala. Ello ocurre asimismo con la cita del Art. 3 LCS, sobre condiciones generales del seguro; 20 LCS, sobre intereses; 32 LCS sobre coaseguro y 43 LCS sobre las acciones que el asegurador puede interponer frente a los asegurados por razón del daño.

DÉCIMO SEGUNDO. *El tercer motivo* denuncia la infracción de los artículos 217, 316, 326 y 376 LECiv, no ajustándose el Tribunal a las reglas sobre valoración de la prueba, ya que se desvirtúan los fundamentos de la sentencia penal, porque la sentencia recurrida parte de que Repsol Butano sólo fue condenado como responsable civil subsidiario por la conducta de su agente, sin tener en cuenta la existencia de un seguro múltiple a la actividad de riesgo de Eulalio.

El motivo no se estima.

El acuerdo de esta Sala 2/2006 de 4 abril, asumió como criterio general que la revisión de cuestiones relativas a la prueba sólo podía admitirse excepcionalmente a través del recurso extraordinario por infracción procesal y no por medio del recurso de casación. La recurrente pretende la revisión de la prueba porque considera que no se ajusta a las reglas de valoración de la misma, por lo que, no habiendo utilizado el cauce adecuado y teniendo en cuenta que la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a las potestades de la casación (Sentencia de 6 noviembre 2008 y las allí citadas), debe desestimarse el presente motivo.

DÉCIMO TERCERO. La desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, así como de los del recurso de casación presentados por PLUS ULTRA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, determina la de ambos recursos.





Al haber sido desestimados ambos recursos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 394.1 , aplicable por remisión del artículo 398.2 LECiv/2000 , procede la imposición de las costas de los mismos a la parte recurrente.

Asimismo, la desestimación de los motivos del recurso de casación formulados por la recurrente ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, determina la de su recurso.

Al haber sido desestimado el recurso de casación presentado por esta recurrente, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 394.1 , por remisión del artículo 398.2 LECiv/2000 , procede la imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º **Se desestima** el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por **PLUS ULTRA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS**, contra la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería, de 3 febrero 2003 , dictada en el rollo de apelación nº 155/02.

2º **Se desestima** el recurso de casación presentado por **PLUS ULTRA, COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS**, contra la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería, de 3 febrero 2003 .

3º **Se desestima** el recurso de casación presentado por **ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS** contra la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería, de 3 febrero 2003 .

4º No ha lugar a casar la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

5º Se imponen a la PLUS ULTRA COMPAÑÍA ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS las costas de estos dos recursos.

6º Se imponen a la recurrente ALLIANZ, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS las costas de su recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Ríos** .- **Román García Varela** .- **Francisco Marín Castán** .- **José Antonio Seijas Quintana** .- **Vicente L. Montés Penadés** .- **Encarnación Roca Trías** .- **Ignacio Sierra Gil de la Cuesta** .- **Rubricado**. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. **Encarnación Roca Trías** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.