



Roj: **STS 3087/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3087**

Id Cendoj: **28079110012018100477**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/09/2018**

Nº de Recurso: **1891/2015**

Nº de Resolución: **484/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1114/2015,**
STS 3087/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 484/2018

Fecha de sentencia: 11/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1891/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Pedro Jose Vela Torres**

Procedencia: AUD.PROVINCIAL de LAS PALMAS DE GRAN CANARIA SECCION N. 5

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1891/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. **Pedro Jose Vela Torres**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 484/2018

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena

D. **Pedro Jose Vela Torres**



En Madrid, a 11 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos extraordinarios por infracción procesal y los recursos de casación interpuestos por la compañía mercantil Martínez Cano Canarias S.A., representada por la procuradora D.ª María Salud Jiménez Muñoz, bajo la dirección letrada de D. Javier Mata Vázquez, y por Axa Seguros e Inversiones S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Baena Jiménez, bajo la dirección letrada de D. Miguel Relaño y D.ª Eva Fuerte; contra la sentencia núm. 176/2015, de 15 de abril, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso de apelación núm. 804/2012, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 1101/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Telde. Sobre incumplimiento contractual. Ha sido parte recurrida Guaguas Municipales S.A., representada por el procurador D. Jacobo de Gandarillas Martos y bajo la dirección letrada de D. José María Capel Cabrera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Pedro Jose Vela Torres**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Paloma Guijarro Rubio, en nombre y representación de Guaguas Municipales S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra Martínez Cano Canarias S.A. y contra Axa Seguros e Inversiones S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la cual se tenga por incumplido, por las demandadas, el contrato de arrendamiento de servicios existente entre las partes. Y se condene a todas las demandadas solidariamente al pago de la cantidad de 542.249,50 euros en concepto de daños y perjuicios ocasionados a mí representada, más los intereses, desde la interposición de esta demanda, condenándose también a las costas y gastos de este juicio, todo ello por ser de Justicia que pido».

2.- La demanda fue presentada el 20 de septiembre de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Telde, fue registrada con el núm. 1101/2011. Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas.

3.- El procurador D. Roberto Paiser García, en representación de Martínez Cano Canarias S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...]dicte sentencia absolviendo a mi representada de las pretensiones de la actora, con expresa imposición de las costas a la demandante por su temeridad y mala fe».

4.- La procuradora D.ª Inmaculada Sosa González, en representación de Axa Seguros, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] dicte una sentencia por la que se desestime la demanda interpuesta por el actor y se proceda a absolver a mi representada de las pretensiones formuladas, con expresa imposición de costas a la parte actora, por ser de justicia».

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Telde dictó sentencia de fecha 16 de abril de 2012, con la siguiente parte dispositiva:

«Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda presentada por la procuradora de los tribunales doña Paloma Guijarro Rubio en nombre y representación de la entidad Guaguas Municipales SA, con condena en costas a la misma».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Guaguas Municipales S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que lo tramitó con el número de rollo 804/2012 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 15 de abril de 2015, cuya parte dispositiva dice:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de GUAGUAS MUNICIPALES S.A. contra la sentencia de fecha 16 de abril de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 6, hoy Instrucción n.º 1 de Telde, en autos de Juicio Ordinario 1101/2011, REVOCAMOS la expresa resolución, acordando en su lugar,

»1º.- Estimamos parcialmente la demanda formulada por la representación de la entidad GUAGUAS MUNICIPALES S.A. contra MARTÍNEZ CANO CANARIAS, S.A. y contra AXA SEGUROS E INVERSIONES, S.A., y



»2º.- Condenamos a MARTÍNEZ CANO CANARIAS, S.A. a que abone a la entidad actora la suma de 477.230 euros, más los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de presentación de la demanda,

»3º.- Condenamos solidariamente a la demandada AXA SEGUROS E INVERSIONES, S.A. a responder de la condena impuesta MARTÍNEZ CANO CANARIAS, S.A. en el número 2 anterior de este fallo, previo descuento en el principal de la franquicia de 300 euros;

»4º.- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias, y decretamos la restitución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir».

3.- La parte apelada, Martínez Cano Canarias S.A., solicitó la subsanación de la dicha sentencia. Por auto de 23 de abril de 2015 se rectificó el error material de la misma, a fin de hacer constar que la cantidad a abonar es la de 412.230 euros y no la de 477.230 euros.

TERCERO - *Interposición y tramitación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de los recursos de casación*

1.- El procurador D. Roberto Paiser García, en representación de Martínez Cano Canarias S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , violación del art. 24 C.E ., como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al ser arbitraria la valoración de la prueba, superando el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar dicho derecho a la tutela judicial efectiva. Infracción del artículo 218.2 LEC al no haberse ajustado la sentencia recurrida a las reglas de la lógica y la razón.

»Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , violación del art. 24 CE , como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al ser arbitraria la valoración de la prueba, no superando el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar dicho derecho a la tutela judicial efectiva.

»Tercero.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , violación del art. 24 CE , como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al ser arbitraria la valoración de la prueba, superando el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar dicho derecho a la tutela judicial efectiva.

»Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.4º LEC , infracción de las reglas legales sobre distribución de la carga de la prueba, previstas en el art. 217.1 y 3º LEC , porque la sentencia recurrida suple de forma impropia el deber que tiene la parte de acreditar los hechos.

»Quinto.- Al amparo del motivo cuarto del art. 469.1 LEC , por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE , al haber valorado la prueba pericial de forma manifiestamente arbitraria y contraria a las normas de la lógica y de la sana crítica.

»Sexto.- Al amparo del motivo segundo del art. 469.1 LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en concreto, del art. 218.2 LEC por adolecer la sentencia de un defecto de falta de motivación al no razonar de forma suficiente su decisión.

»Séptimo.- Al amparo del motivo cuarto del art. 469.1 LEC , por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 ce , en relación con el artículo 386 LEC al estar basado el fallo en presunciones cuya base no está probada».

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- La sentencia recurrida vulnera la doctrina del Tribunal Supremo sobre confianza legítima y actos propios, contenida en las Sentencias de la Sala Primera de dicho Tribunal de 30 de enero de 2003 , 21 de noviembre de 2003 , 27 de septiembre de 2005 , 28 de octubre de 2005 y 28 de julio de 2006 , entre otras muchas, pues mi mandante confió en el nulo valor e importancia del material entregado para su destrucción, y ello por cuanto es un hecho probado de la sentencia recurrida que nada se indicó por la recurrida a la recurrente respecto de la especial naturaleza y valor del encargo concreto entregado para su destrucción que le fue sustraído, en quebranto de lo dispuesto en los artículos 7.1 y 1258 del Código Civil .

»Segundo.- La sentencia recurrida vulnera, por desconocimiento , la doctrina establecida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1988 , 19 de diciembre de 2012 , de 12 de marzo de 2013 pues estima una acción fundada en el artículo 1124 del Código Civil cuando considera como hecho probado en las dos sentencias de ambas instancias que el accionante había incurrido en un incumplimiento previo al no haber informado sobre la naturaleza y valor de los bienes entregados para su destrucción.



»Tercero.- La sentencia recurrida vulnera el artículo 1101 del código Civil y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1990 , 4 de marzo de 1995 y 15 junio de 2010 , que, entre muchas otras, lo interpreta en cuanto a la exigencia de un nexo causal eficiente entre la acción y omisión que determina el incumplimiento y el daño sufrido.

»Cuarto.- La sentencia recurrida vulnera, por desconocimiento, la doctrina establecida por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencias de 7 de julio de 2008 , 10 de junio de 2000 y 23 de julio de 1997 , 24 de febrero de 1993 y 15 de marzo de 1990 en relación con el artículo 1107 del Código Civil .

»Quinto.- La sentencia recurrida vulnera, por desconocimiento, la doctrina establecida por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencias de 5 de septiembre de 2007 , 11 de junio de 2008 y 5 de marzo de 2009 y 6 de septiembre de 2005 , entre otras muchas. La sentencia impugnada infringe la doctrina jurisprudencial que tiene pacíficamente declarado que toda indemnización requiere de forma indispensable al agente de las causas que pudieran producir los daños y perjuicios origen de la indemnización extravasando el concepto de culpa regulado en el art. 1104 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta.

»Sexto.- La sentencia recurrida vulnera, por desconocimiento, la doctrina de la prohibición del enriquecimiento injusto, establecida, entre otras muchas, en las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1992 , 30 de septiembre de 1993 y 6 de octubre de 2006 , puesto que mi mandante es obligado a resarcir unos daños sin causa que le sea imputable a quien precisamente sí se le puede imputar responsabilidad negligente en su causación.

»Séptimo.- La sentencia recurrida vulnera, por desconocimiento, la doctrina establecida por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencias 21 de abril de 2008 y 30 de octubre de 2007 , entre otras muchas; extravasando el concepto de lucro cesante regulado en el art. 1104 del Código Civil que infringe de forma directa».

2.- La procuradora D.ª Inmaculada Sosa González, en representación de Axa Seguros e Inversiones S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Infracción del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva ex artículo 24 CE por falta de una adecuada motivación de la sentencia recurrida.

»Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º LEC , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, ya que la resolución objeto de recurso ha infringido el artículo 218.2 de la LEC por falta de motivación de la sentencia. Y ello porque a la hora de motivar la Sentencia, la Audiencia no hace referencia alguna a las razones por las que la exclusión por daño no consecutivo no es oponible, según resultaría de la propia sentencia, a los terceros perjudicados»

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Por infracción de los artículos 76 y 73 LCS , y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que declara la inoponibilidad de las excepciones que puedan corresponder a la aseguradora contra el asegurado a las que se refieren, hay que referirlas a las excepciones personales que el primero albergue contra el segundo, y no a aquéllas eminentemente objetivas, emanadas de la Ley o del contrato de seguro, dentro de cuyos límites queda el asegurador obligado a indemnizar al perjudicado.

»Segundo.- Por infracción de la doctrina jurisprudencial que establece que las cláusulas delimitadoras del objeto de seguro no están sujetas a los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro , siendo plenamente eficaces y oponibles frente a los terceros perjudicados.

»Tercero.- Por infracción de los artículos 1091 , 1255 y 1258 del Código Civil y de los artículos 51 y 57 del Código de Comercio , por cuanto que la Sentencia no tiene en cuenta lo expresamente pactado por las partes en el contrato de seguro, sin que lo acordado por éstas -que la póliza no cubre daños que no deriven de un daño material o personal previo- sea contrario a la Ley, a la moral, al orden público, al uso o a la buena fe.»

3.- 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 la Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

« **1º.-** Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la sociedad mercantil Axa Seguros e Inversiones, SA, contra la sentencia dictada con fecha 15 de abril de 2015 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5ª), en el



rollo de apelación nº 804/2012, dimanante de juicio ordinario nº 1101/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Telde.

2º.- Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la sociedad mercantil Martínez Cano Canarias, SA, contra la sentencia dictada con fecha 15 de abril de 2015 por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 5ª), en el rollo de apelación nº 804/2012, dimanante de juicio ordinario nº 1101/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Telde».

4.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

5.- Por providencia de 8 de junio de 2018 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 19 de julio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- En el año 2009, Guaguas Municipales S.A. (en adelante, Guaguas), empresa encargada del transporte público de autobuses en la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, y la sociedad Martínez Cano Canarias S.A. (en adelante, Martínez Cano), empresa dedicada a la gestión de residuos y, en concreto, a la recogida y gestión de papel, tenían un acuerdo por el que esta última se comprometía a realizar una actividad de retirada de papel y cartón de las dependencias de Guaguas para su posterior destrucción por trituración y compactación.

2.- El 10 de febrero de 2009 se realizó una recogida de material que, en total, pesaba más de dos toneladas, para su posterior descarga y destrucción en las instalaciones de Martínez Cano. No obstante, parte de los archivos de papel no fueron destruidos e incluso fueron sacados de las instalaciones de la mencionada empresa. En concreto, no se destruyó una partida de 197.992 bonos de diez viajes de la campaña «Dona Sangre» recibida por Guaguas Municipales S.A. el 12 de noviembre de 2008, procedente de una proveedora fabricante del Reino Unido, que resultó errónea en el diseño, pese a lo cual los bonos eran válidos para su uso como título de viaje si se introducían en la máquina del autobús de una determinada manera.

Cada uno de los bonos de diez viajes tenía un valor de venta al público de 6,50 ?.

Respecto al destino conocido de los bonos no destruidos, en la noche del 12 al 13 de marzo de 2009 se sustrajeron de un camión de Martínez Cano que estaba estacionado en las proximidades de sus instalaciones 102 bonos de diez viajes.

Así mismo, pese a estar prohibido sacar material de la empresa, empleados de la misma, antiguos trabajadores o parientes de unos y otros, extrajeron parte de tales bonos. Tras la intervención de la policía, algunos fueron devueltos y otros fueron intervenidos en diversos bazares y establecimientos.

En total, se recuperaron por la policía 15.712 bonos de diez viajes. Y otros 34 bonos fueron recuperados por la propia compañía de transportes, tras su uso parcial por los usuarios.

3.- Martínez Cano tenía concertado un seguro de responsabilidad civil con la compañía Axa Seguros e Inversiones S.A. (en adelante, Axa), de fecha 28 de septiembre de 2007, entre cuyas condiciones particulares se indicaban que quedaban excluidos:

«4.10.- Daños debidos a la mala fe del asegurado o personas de las que deba responder, los cometidos intencionalmente, así como los que tengan su origen en una infracción o incumplimiento voluntario de las normas que rigen las actividades objeto del seguro».

«4.12.- Los perjuicios no consecutivos, entendiéndose por tales las pérdidas económicas que no sean consecuencia directa de un daño personal o material, así como aquellas pérdidas económicas que sean consecuencia directa de un daño personal o material no amparado por la póliza».

4.- Guaguas interpuso una demanda contra Martínez Cano y Axa, en la que reclamaba una indemnización de 542.249,50 ?, en concepto de daños y perjuicios.

5.- La sentencia de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, al considerar, resumidamente, que había existido una previa negligencia de la demandante, al no haber advertido a Martínez Cano que los bonos que debían ser destruidos eran válidos (realmente, utilizables), ni su número, ni contrató un procedimiento especial para su destrucción. Además, la sustracción de los bonos no se produjo por una falta de seguridad de la demandada, sino por un hecho ilícito.



6.- El recurso de apelación interpuesto por la empresa demandante fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, que estimó también en parte la demanda y condenó solidariamente a ambas demandadas al pago de 412.230 ? (con descuento para la aseguradora de 300 ? de franquicia). En lo que ahora interesa, la Audiencia Provincial consideró, resumidamente, que:

- i. Martínez Cano incumplió el contrato, por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, porque además de no destruir los bonos, no impidió que salieran de la planta de triturados y pudieran ser utilizados.
- ii. Considera probado que salieron de la planta los bonos que se cuantifican en el informe pericial aportado con la demanda.
- iii. La aseguradora debe responder, ya que las excepciones que alega son inoponibles al perjudicado. La responsabilidad civil que se declara proviene del incumplimiento de una obligación contractual, y no de un delito.

Recurso extraordinario por infracción procesal de Martínez Cano

SEGUNDO.- *Primer motivo de infracción procesal. Error patente en la valoración de la prueba. Congruencia interna y motivación.*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, denuncia la infracción del art. 24 CE, por ser arbitraria e irracional la valoración de la prueba, y del art. 218.2, LEC, por apartarse la sentencia recurrida de las reglas de la lógica y la razón.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la sentencia incurre en una valoración errónea y en una incongruencia interna, porque pese a dar por probado que únicamente se entregaron a Martínez Cano unos archivos en papel, sin identificar, la Audiencia Provincial concluye que entre tales documentos estaban los bonos de autobús, sin que existiera prueba alguna de ello.

Decisión de la Sala:

1.- El recurso de infracción procesal no puede convertirse en una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1.4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 303/2016, de 9 de mayo, y 411/2016, de 17 de junio (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal, de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recordamos que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia a estos efectos, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) 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 2º) 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.

2.- A su vez, y ya que en el motivo se entremezcla, indebidamente, la denuncia de una supuesta infracción del art. 218.2 LEC, también debemos recordar, como hemos hecho, entre otras muchas, en la sentencia 169/2016, de 17 de marzo, que la llamada «congruencia interna» se refiere a la coherencia o correspondencia entre lo razonado y lo resuelto, a fin de que no haya contradicción entre fundamentación jurídica y fallo. Estos casos de incongruencia interna han sido considerados por el Tribunal Constitucional como lesivos del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, puesto que desembocan en un defecto de motivación, al ser la que resulta, irrazonable y contradictoria (por todas, SSTC 42/2005, de 28 de febrero; 140/2006, de 8 de mayo; y 127/2008, de 27 de octubre).

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 al acierto o desacierto de las mismas, 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.

3.- En atención a estas precisiones, el motivo debe ser desestimado. La parte recurrente pretende leer los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia de apelación como si fueran compartimentos estancos y no tuvieran relación entre ellos, de manera que como en el segundo se hace mención a los archivos



de papel en general, ya no cabría puntualizar que dentro de los mismos se encontraban los bonos de autobús defectuosos para utilizables para su finalidad. Pero es que, además, en el fundamento jurídico segundo ya se hace mención expresa a tales bonos.

En contra de lo afirmado por la recurrente, la Audiencia Provincial hace unas consideraciones perfectamente lógicas, pues parte de lo general -la entrega a la empresa de gestión de residuos de una multitud de archivos en papel, con más de dos toneladas de peso- para llegar a lo particular -que dentro de ese volumen de material se encontraban los bonos de autobús de la campaña de donación de sangre que eran reutilizables y fueron indebidamente puestos en circulación en vez de ser destruidos-. Y para ello analiza de manera minuciosa y detallada la prueba documental y testifical, para concluir que entre dicho ingente material se encontraban los bonos objeto de controversia. Sin que ello suponga ninguna contravención de las reglas de la lógica o la razón, ni sea patentemente erróneo. Sobre todo cuando la propia recurrente reconoció en su contestación a la demanda (hecho cuarto) que parte de los bonos habían sido sacados indebidamente de sus instalaciones.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Valoración irracional de la prueba con incidencia constitucional

Planteamiento :

1.- Con fundamento en el art. 469.1.4ª LEC , se alega vulneración del art. 24 CE , por realizar la sentencia recurrida una valoración de la prueba practicada que no supera el test de racionalidad.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que de la prueba practicada no se puede deducir el número de bultos y cajas retirados, por lo que no puede deducirse que se entregaran a la recurrente 197.992 bonos de autobús.

Decisión de la Sala:

1.- Pese a que el motivo comienza diciendo que no se pretende la revisión de la labor probatoria efectuada por la sala de instancia, no se hace otra cosa. Se obvia que la sentencia recurrida analiza extensamente las declaraciones de los testigos para concluir que, como había sucedido en otras ocasiones, entre el material entregado para su destrucción, estaban los bonos defectuosos, de los que incluso se dice en qué tipo de embalaje iban. Y toma en consideración los números de los billetes posteriormente puestos en circulación indebidamente para argumentar, de manera plenamente racional, que si tales billetes numerados fueron identificados por la policía como parte de los sustraídos o distraídos del almacén de Martínez Cano es porque le habían sido entregados previamente a dicha empresa.

2.- Frente a esta inferencia racional y argumentada de la sentencia recurrida, no puede prevalecer la interesada relectura de la recurrente. Por lo que este segundo motivo de infracción procesal debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

CUARTO.- Tercer motivo de infracción procesal. Valoración irracional de la prueba

Planteamiento :

1. - El tercer motivo de infracción procesal se formula también por el cauce del art. 469.1.4º LEC y denuncia otra vez la irracionalidad de la valoración probatoria realizada por la Audiencia Provincial.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, sintéticamente, que es irracional concluir el número de bonos y cajas que se pusieron en circulación, cuando ni siquiera consta el número de cajas que se entregaron.

Decisión de la Sala :

1.- Nuevamente se pretende retorcer el criterio de la Audiencia Provincial y trocear su argumentación probatoria. Si a las instalaciones de Martínez Cano llegaron bonos de autobús utilizables, como reconoció implícitamente esta empresa al recordar en su contestación a la demanda que en las instalaciones había carteles que prohibían sacar el material, si no consta que los bonos fueran accesibles al público por otra vía y si posteriormente la policía recuperó bonos de distintas series de numeración, es perfectamente lógico deducir que la totalidad de los bonos cuya destrucción se pretendía llegó a entregarse a la empresa de gestión de residuos y de ahí salieron para su utilización fraudulenta.

2.- La sentencia recurrida parte de la base de que los bonos se guardaban en cajas de 10.000, por lo que si posteriormente a la entrega a Martínez Cano han aparecido bonos de la misma caja, no es irracional concluir que el paquete completo no fue destruido, sino que se introdujo en el mercado ilícito.

3.- Al no apreciarse infracción alguna del art. 24 CE , este motivo también debe ser desestimado.

QUINTO.- Cuarto motivo de infracción procesal. Carga de la prueba

*Planteamiento :*

- 1.- El cuarto motivo de infracción procesal se plantea al amparo del art. 469.1.2 LEC y denuncia la infracción del art. 217.1 y 3 LEC .
- 2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que no se valora que la actora no acreditó la entrega de 197.992 bonos de autobús y que carga a la demandada con una prueba imposible, puesto que no puede acreditar la destrucción de un material que no recibió.

Decisión de la Sala :

1.- En contra de lo que se deduce de la propia formulación del motivo, la carga de la prueba no tiene por finalidad establecer mandatos que determinen quién debe probar o cómo deben probarse ciertos hechos, sino establecer las consecuencias de la falta de prueba suficiente de los hechos relevantes. La prohibición de una sentencia de *non liquet* (literalmente, «no está claro») que se establece en los arts. 11.3º LOPJ y 1.7º CC , al prever el deber inexcusable de los jueces y tribunales de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, hace que en caso de incertidumbre a la hora de dictar sentencia, por no estar suficientemente probados ciertos extremos relevantes en el proceso, deban establecerse reglas relativas a qué parte ha de verse perjudicada por esa falta de prueba.

Esa es la razón por la que el precepto que la regula, el art. 217 LEC , no se encuentra entre las disposiciones generales en materia de prueba (arts. 281 a 298), sino entre las normas relativas a la sentencia, pues es en ese momento procesal cuando han de tener virtualidad las reglas de la carga de la prueba, al decidir a quién ha de perjudicar la falta de prueba de determinados extremos relevantes en el proceso.

2.- Solo se infringe dicho precepto si la sentencia adopta un pronunciamiento sobre la base de que no se ha probado un hecho relevante para la decisión del litigio, y atribuye las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que no le correspondía la carga de la prueba según las reglas establecidas en el art. 217 LEC y desarrolladas por la jurisprudencia (por todas, sentencia 244/2013, de 18 de abril). Pero no es eso lo ocurrido en este caso, puesto que la Audiencia Provincial no parte de que no esté probada la entrega de los bonos, sino que, al contrario, considera probado por las declaraciones de los empleados de Martínez Cano y por las investigaciones policiales que tales documentos sí fueron entregados. Y no carga a la demandada con la prueba de la destrucción de los documentos, sino que le aplica una consecuencia jurídica: si los documentos le fueron entregados para ser destruidos y aparecen en el mercado, resulta evidente que no se destruyeron y que ello es responsabilidad de la empresa encargada contractualmente de ello.

De hecho, la sentencia recurrida ni aplica ninguna regla de carga de la prueba, ni cita el art. 217 LEC .

3.- Además, es contradictorio y ello determina que resulte inadmisibles, que al mismo tiempo se denuncie error en la valoración de la prueba e infracción de la carga de la prueba, puesto que las reglas de la carga de la prueba previstas en el art. 217 LEC son aplicables justamente en ausencia de prueba suficiente, no cuando se ha decidido con base en una determinada valoración de la prueba (STS 12/2017, de 13 de enero).

Como consecuencia de lo cual, este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

SEXTO.- Quinto motivo de infracción procesal. Valoración irracional de la prueba pericial*Planteamiento :*

- 1.- En el quinto motivo de infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4º LEC , se denuncia la infracción del art. 24 CE , al ser irracional la valoración de la prueba pericial.
- 2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la sala de apelación asume acríticamente unos datos incluidos en el informe pericial que no tienen base alguna.

Decisión de la Sala :

1.- El motivo, que nuevamente contradice su formulación, puesto que sí pretende una revisión de la prueba y convertir a este Tribunal Supremo en una sala de tercera instancia, no combate realmente la valoración del informe pericial, sino el dictamen en sí mismo. Es más, llega hasta a dudar de la imparcialidad del perito, cuando no consta que lo recusara o que mostrara en la instancia algún óbice a su independencia.

2.- Las alegaciones que sustentan este motivo rayan la mala fe procesal. No se aporta informe contradictorio, pero se niega virtualidad alguna al único que obra en las actuaciones. Se copian generalidades de un manual sobre la prueba pericial para concluir que la valoración de la Audiencia no se adapta a tales generalidades. Y se le dan la vuelta a los argumentos por la única razón de que no convienen a la parte, que afirma, sin prueba pericial propia y sin ningún otro método de comprobación o cuantificación, que la valoración del perito -no la judicial- es errónea.



Que la sentencia recurrida dé valor a un cálculo estimativo no es irracional, porque, como ni se recuperaron todos los bonos que salieron indebidamente de la empresa recurrente, ni consta fehacientemente cuántos de ellos fueron utilizados de manera fraudulenta, no queda más remedio que hacer un cálculo de dicha naturaleza. De hecho, dentro de las posibilidades planteadas por el perito (daños posibles y daños probables), la sentencia opta por la opción más conservadora, que parte del dato cierto deducible a partir de los bonos que fueron canjeados a los clientes por otros nuevos y los que formaban parte de los lotes recuperados por la policía.

3.- Como el recurso de infracción procesal no es un cauce para valorar un informe pericial ni ello es función de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el motivo debe decaer sin más trámite.

SÉPTIMO.- Sexto motivo de infracción procesal. Falta de motivación

Planteamiento :

1.- En el sexto motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1.2 LEC , se denuncia la infracción del art. 218.2 LEC , por falta de motivación.

2.- Al desarrollar el motivo se aduce que la Audiencia no razona por qué da credibilidad al informe pericial y prescinde del resto del acervo probatorio.

Decisión de la Sala :

1.- Que la motivación de la sala de apelación no guste a la parte recurrente no quiere decir que no exista. La motivación debe permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, lo que implica la exteriorización del fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo su comprensión. Pero dicha exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (SSTS 294/2012, de 18 de mayo , y 774/2014, de 12 de enero de 2015).

2.- La Audiencia Provincial explica detalladamente en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia las razones por las que da validez a las conclusiones del informe pericial y las pone en relación con el resto de las pruebas y con las obligaciones asumidas contractualmente por cada una de las partes. Con lo que cumple debidamente con el canon de motivación exigible, ya que con elogiada diligencia hace un pormenorizado análisis de todo el material probatorio y razona las conclusiones a las que llega tras dicho análisis. Lo que lleva al fracaso de este motivo.

OCTAVO.- Séptimo motivo de infracción procesal. Presunciones

Planteamiento :

1.- El séptimo y último motivo de infracción procesal se formula por la vía del art. 469.1.4º LEC y denuncia la infracción del art. 386 LEC .

2.- En el desenvolvimiento del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida presume sin base alguna el importe del daño producido.

Decisión de la Sala :

1.- Nuevamente se incurre en la incorrección de intentar combatir la valoración probatoria cuando lo que realmente se pretende es refutar el informe pericial.

2.- Las infracciones relativas a la prueba de presunciones solo pueden producirse en los casos en que se ha propuesto esta forma de acreditación de hechos en la instancia o ha sido utilizada por el juzgador, o cuando éste ha omitido de forma ilógica la relación existente entre los hechos base que declara probados y las consecuencias obtenidas; pero no en aquellos casos en que el tribunal se ha limitado a obtener las conclusiones de hecho que ha estimado más adecuadas con arreglo a los elementos probatorios que le han sido brindados en el proceso sin incurrir en una manifiesta incoherencia lógica (SSTS 836/2005, de 10 de noviembre ; 215/2013 bis, de 8 de abril ; y 586/2013, de 8 de octubre).

3.- Además, en la sentencia recurrida, aunque no se cita expresamente el art. 386 LEC , se hace un correcto uso de la prueba de presunciones y se respeta dicho precepto, pues se parte del hecho base probado de la recuperación de determinados lotes para concluir que la valoración pericial sobre el número de cajas entregadas y los bonos puestos indebidamente en circulación es correcta. El juicio de inferencia es impecable: si consta la utilización fraudulenta de bonos pertenecientes a una determinada serie, cabe presumir que la serie completa no fue destruida.



4.- En consecuencia, este último motivo de infracción procesal también ha de ser desestimado.

Recurso extraordinario de infracción procesal de Axa

NOVENO.- *Primer motivo de infracción procesal. Falta de motivación*

Planteamiento :

1.- El primer motivo de infracción procesal de la aseguradora Axa se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC y denuncia la vulneración del art. 24 CE .

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia no motiva por qué considera que las excepciones oponibles por la aseguradora a su asegurado no lo son también al tercero perjudicado. En concreto, la falta de cobertura de la póliza de los daños producidos por mala fe del asegurado y de los perjuicios consecutivos, a que se hace referencia en los apartados 4.10 y 4.12 de las condiciones particulares.

Decisión de la Sala :

1.- Ya hemos dicho al resolver el anterior recurso extraordinario por infracción procesal que la exigencia de motivación queda colmada con una argumentación que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que determinan la decisión, es decir, la razón de decidir que la determina.

2.- En este caso la Audiencia Provincial no atiende las excepciones de falta de cobertura opuestas por la aseguradora porque considera que son inoponibles al tercero perjudicado conforme a los arts. 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS). En consecuencia, está debidamente expresado cuál es el fundamento de su decisión. Otra cosa es que la consideración jurídica que encierra dicha motivación sea acertada o no, pero eso es propio del recurso de casación, no del extraordinario por infracción procesal.

3.- En su virtud, este primer motivo de infracción procesal ha de ser desestimado.

DÉCIMO.- *Segundo motivo de infracción procesal. Falta de motivación*

Planteamiento :

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula conforme al art. 469.1.2º LEC y denuncia la vulneración del art. 218.2 LEC , por falta de motivación.

2.- En su desarrollo se vuelve a incidir en que la Audiencia Provincial no motiva por qué considera que la exclusión por daño no consecutivo no es oponible a la demandante.

Decisión de la Sala :

1.- La falta de motivación afecta al derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, por lo que su ámbito de inclusión en un recurso por infracción procesal encuentra mejor acomodo en el número 4º del artículo 469.1 LEC , que en el nº 2 del mismo precepto.

2.- No obstante, sucede como en el motivo anterior. La Audiencia sí expresa las razones por las que considera inoponible al tercero perjudicado la excepción esgrimida por la aseguradora (arts. 73 y 76 LCS). El acierto jurídico de dicha decisión no puede ser enjuiciado como déficit de motivación, sino que, en su caso, habrá de ser analizado en el recurso de casación.

Recurso de casación de Martínez Cano

DECIMOPRIMERO.- *Primer motivo de casación. Confianza legítima y actos propios*

Planteamiento :

1.- El primer motivo del recurso de casación formulado por Martínez Cano denuncia la infracción de los arts. 7.1 y 1258 CC y de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003 , 21 de noviembre de 2003 , 27 de septiembre de 2005 , 28 de octubre de 2005 y 28 de julio de 2006 .

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que el recurrente confió en el nulo valor e importancia del material entregado para su destrucción, puesto que la demandante nada le indicó sobre la especial naturaleza y valor del encargo concreto entregado para su destrucción. Al no apreciarlo así, la sentencia recurrida vulnera la doctrina jurisprudencial sobre la confianza legítima y los actos propios.

Decisión de la Sala :

1.- El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC). Tanto la infracción de norma legal como la de jurisprudencia aplicable al caso que se invoque en el recurso deben ser relevantes para el fallo, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida.



2.- En este caso, la falta de advertencia sobre el valor económico del material entregado para su destrucción no constituye un acto propio, en sentido jurídico, que releve al receptor de la mercancía de su deber de custodia. Ni siquiera consta que las partes hubieran pactado hacer esa advertencia, por lo que el motivo se apoya en consideraciones que no han sido acreditadas en la instancia.

En todo caso, los principios de confianza legítima y respeto a los actos propios exigen una actuación de significado inequívoco, que no tiene la omisión de una advertencia sobre el valor dinerario del material entregado para su destrucción.

Por lo que el motivo debe ser desestimado.

DECIMOSEGUNDO.- Segundo motivo de casación. Incumplimiento contractual. Excepción de contrato no cumplido

Planteamiento :

1.- En el segundo motivo de casación, Martínez Cano denuncia la infracción del art. 1124 CC y la vulneración, por desconocimiento, de las sentencias de esta sala de 25 de octubre de 1988 , 19 de diciembre de 2012 y 12 de marzo de 2013 .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, sintéticamente, que se estima una acción fundada en el art. 1124 CC (incumplimiento contractual) cuando la otra parte había incumplido previamente el contrato, al no haber informado a la empresa de gestión de residuos sobre la naturaleza y valor de los bienes entregados para su destrucción.

Decisión de la Sala :

1.- El motivo incurre en el defecto insubsanable de alterar la base fáctica. Los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).

2.- La Audiencia Provincial no afirma que Guaguas hubiera incumplido previamente el contrato, ni lo da por probado. Al contrario, basta con leer la sentencia para comprobar que considera que quien incumplió el contrato fue, únicamente, Martínez Cano. A tal efecto, la sentencia recurrida es de una claridad meridiana cuando afirma en su fundamento jurídico cuarto:

«[e]l Tribunal considera acreditado que la demandada incumplió el contrato, siendo imputable directamente a culpa de MARTÍNEZ CANO CANARIAS S.A. la falta de destrucción de los bonos retirados junto con otro material para este fin por el personal de la demandada del almacén de GUAGUAS MUNICIPALES, y debiendo calificarse de "culpa in eligendo" y "culpa in vigilando" en que incurrió la referida demandada, el hecho acreditado de que, además de no cumplir con la destrucción a través de la trituración y compactado, los bonos salieran de la planta de triturado y llegaran al mercado, ocasionando perjuicios económicos a la parte actora».

3.- En consecuencia, este segundo motivo de casación también debe ser desestimado.

DECIMOTERCERO.- Tercer motivo de casación. Daños y perjuicios. Nexo causal

Planteamiento :

1.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1101 del Código Civil y la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias de 26 de mayo de 1990 , 4 de marzo de 1995 y 15 de junio de 2010 .

2.- Al desarrollar el motivo, se argumenta, resumidamente, que no hay relación de causalidad entre una acción o una omisión de la recurrente y el perjuicio sufrido. No es admisible una causalidad remota, por la que la causa de la causa es causa del mal causado.

Decisión de la Sala :

1.- En contra de lo afirmado en el motivo, ni la Audiencia Provincial incurre en una especie de *versari in re illicita* , ni aplica ninguna causalidad remota. Al contrario, establece un nexo causal directo: el contrato de arrendamiento de obra celebrado por las partes exigía que la empresa de gestión de residuos custodiara debidamente la mercancía y la destruyera; al no hacerlo así, actuó negligentemente y es responsable de los perjuicios causados al comitente por el uso de unos documentos que debían estar destruidos.

2.- Además, conviene advertir, como hicimos, por ejemplo, en las sentencias 338/2012, de 7 de junio , y 737/2014, de 22 de diciembre , que la fijación del nexo causal entre un comportamiento y el daño determinante



de la responsabilidad civil tiene, a los fines del recurso de casación, una primera secuencia de carácter puramente fáctico y, por ende, dependiente de la valoración de la prueba, y otra jurídica, que se identifica con el posterior juicio de imputación (sentencias 203/2005 , de 29 de marzo, y 815/2010, de 15 de diciembre). Entre ambas, no obstante, existe una intensa conexión, pues la segunda no puede desvincularse del antecedente insoslayable que constituye la realidad de una causalidad material o física, que se fija mediante la prueba, cuya valoración por el tribunal de la instancia no es controlable en el recurso de casación.

3.- En su virtud, este motivo también debe ser desestimado.

DECIMOCUARTO.- *Cuarto motivo de casación. Límite causal de los daños objeto de indemnización*

Planteamiento :

1.- El motivo cuarto de casación denuncia la infracción del art. 1107 CC y de la doctrina establecida en las sentencias de esta sala de 7 de julio de 2008 , 10 de junio de 2000 , 23 de julio de 1997 , 24 de febrero de 1993 y 15 de marzo de 1990 .

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que como Martínez Cano no conocía que entre los archivos entregados había bonos de autobús utilizables, no puede ser considerado deudor de mala fe, ni tiene que responder de consecuencias que no tienen que ver directamente con su actuación. Como el perjuicio ha sido causado por actos de terceros, ajenos a Martínez Cano, no procede la condena al pago de ninguna indemnización.

Decisión de la Sala :

1.- El art. 1107 CC establece el límite causal de los daños objeto de indemnización, es decir, de qué consecuencias dañosas responde el deudor. Para ello, distingue entre el deudor de buena fe y el doloso, entendiéndose como deudor de buena fe al que no es doloso. El deudor de buena fe responde de lo que se conoce como daño intrínseco, consecuencia necesaria de todo incumplimiento; mientras que el deudor doloso asume un resarcimiento integral de todos los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (sentencias 58/2013, de 25 de febrero ; 492/2013, de 10 de junio ; y 537/2013, de 14 de enero de 2014).

Pues bien, si la obligación contractual asumida por Martínez Cano era destruir la documentación entregada, es evidente que, mientras se procedía materialmente a esa tarea, existía implícito un deber de custodia de la mercancía y de impedir que, o bien empleados de la propia empresa, o bien terceros que pudiera tener acceso a ella, se apropiaran de los bonos y los utilizaran para comercializarlos ilícitamente o para viajar en los autobuses urbanos de la demandante. Esta obligación estaba asumida por Martínez Cano hasta el punto de que tenía colocado en sus instalaciones un cartel prohibiendo sacar documentos allí depositados.

2.- Con ello no se excede el límite establecido en el art. 1107 CC para el deudor no doloso. Y la Audiencia en modo alguno califica como dolosa a la empresa de gestión de residuos, sino que la hace responsable de los daños directos, que son los producidos por el indebido uso de unos títulos de viaje que, de haber actuado diligentemente la empresa recurrente, deberían haber estado destruidos, o cuando menos, debidamente custodiados, y no puestos en circulación con su subsiguiente uso fraudulento.

Como dijimos en la sentencia 666/2016, de 14 de noviembre , la entidad del resarcimiento de daños y perjuicios alcanza a todo el menoscabo económico sufrido por el perjudicado, consistente en la diferencia que existe entre la situación del patrimonio que sufrió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo.

3.- Al referirse el art. 1107 CC a que los daños sean «consecuencia necesaria», la doctrina y la jurisprudencia distinguen tradicionalmente entre daños directos y daños indirectos en función de si han sido la consecuencia directa o no del incumplimiento.

Desde ese punto de vista, los daños apreciados por la Audiencia Provincial son únicamente los directos (consecuencia necesaria), puesto que los limita al importe de los bonos de viaje que constan indebidamente puestos en circulación, bien porque unos de la misma serie fueron canjeados por clientes, bien porque fueron intervenidos por la policía. «Consecuencia necesaria» no debe interpretarse en el sentido de que los daños procedan ineluctablemente del incumplimiento en abstracto, sino en el sentido de que el incumplimiento concreto los produzca habida cuenta de las circunstancias. Y cabe considerar que fue consecuencia necesaria del incumplimiento que se pusieran en circulación todos los bonos de las series a que hemos hecho referencia.

4.- Como resultado de lo expuesto, este motivo también debe ser desestimado.

DECIMOQUINTO.- *Quinto motivo de casación. Incumplimiento culposo*

Planteamiento :

1.- El quinto motivo de casación denuncia la infracción del art. 1104 CC y de la jurisprudencia establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de septiembre de 2007 , 11 de junio de 2008 , 5 de marzo de 2009 y 6 de septiembre de 2005 .

2.- Al razonar el motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia infringe la doctrina jurisprudencial según la cual toda indemnización requiere de forma indispensable la imputabilidad al agente de las causas que pudieron producir los daños y perjuicios. Conforme a los criterios de imputación objetiva y responsabilidad por riesgo, quien lo creó no fue la recurrente, sino quien ocultó que en el conjunto documental entregado había bonos de autobús utilizables.

Decisión de la Sala :

1.- Al definir la culpa o negligencia, el art. 1104 CC se funda en un deber de diligencia en el cumplimiento, lo que exige una conducta adecuada para la efectividad de la prestación. En este caso, como hemos visto, la prestación de la empresa de gestión de residuos contiene aspectos propios del contrato de depósito y del contrato de arrendamiento de obra.

En cuanto a la faceta del depósito (mientras no se procedía a la destrucción material de la mercancía), la diligencia del depositario se extiende a la custodia de la cosa, de manera que no sufra menoscabo o pérdida (art. 1766 CC), y sin que, salvo permiso del depositante, pueda utilizarla o servirse de ella (art. 1767 CC).

Desde el punto de vista del arrendamiento de obra, es obligación del contratista realizarla conforme a lo acordado y no cabe excusarse en lo realizado u omitido por sus empleados, puesto que el art. 1596 CC hace responsable al contratista de lo ejecutado por sus dependientes.

2.- En atención a estas consideraciones, no cabe apreciar que la sentencia recurrida haya atribuido a la recurrente una culpa basada en una negligencia no exigible. Al contrario, le era plenamente exigible que custodiara la mercancía que debía destruir y que la destruyera eficazmente. Máxime cuando se trataba de una empresa dedicada profesionalmente a ese tipo de actividad. Cuando se trata de un profesional, se exige un plus de diligencia, ya que como dijo la sentencia 899/2007, de 31 de julio :

«La diligencia exigible al deudor, según expresa el artículo 1104 CC , es la que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. En el caso examinado, la diligencia no es la de un buen padre de familia, sino la de un comerciante experto que tiene el deber de conocer el alcance jurídico de las obligaciones que contrae».

Al no haberlo hecho así Martínez Cano, tuvo un comportamiento negligente, en los términos del art. 1104 CC , que han sido respetados por el tribunal de apelación.

3.- Por lo expuesto, este motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores.

DECIMOSEXTO.- Sexto motivo de casación. Enriquecimiento injusto*Planteamiento :*

1.- El motivo sexto de casación denuncia la existencia de enriquecimiento injusto y la vulneración de las sentencias de esta sala de 5 de diciembre de 1992 , 30 de septiembre de 1993 y 6 de octubre de 2006 .

2.- En el desenvolvimiento del motivo se alega, sintéticamente, que se ha obligado a la recurrente a resarcir unos daños sin causa que le sea imputable, y a quien precisamente sí se le puede imputar responsabilidad negligente en su causación.

Decisión de la Sala :

1.- Este motivo incurre en una petición de principio, puesto que parte de la base de que no hay causa para la condena al pago de una indemnización, cuando hemos visto que no es así, ya que la recurrente incumplió negligentemente sus obligaciones contractuales.

2.- Como consecuencia de ello, el motivo debe ser desestimado sin mayor esfuerzo argumentativo.

DECIMOSEPTIMO.- Séptimo motivo de casación. Lucro cesante*Planteamiento :*

1.- En el último motivo de este recurso de casación se denuncia la infracción del art. 1104 del Código Civil y la doctrina establecida por la jurisprudencia de esta sala en las sentencias de 21 de abril de 2008 y 30 de octubre de 2007 .



2.- Al desarrollar el motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia no ha respetado el concepto legal y jurisprudencial de lucro cesante.

Decisión de la Sala :

1.- Al socaire de una supuesta infracción del concepto de lucro cesante, que hubiera requerido la cita como infringido del art. 1106 CC , con mayor precisión que el art. 1104 CC , la parte pretende, no la revisión de la corrección de la aplicación de una norma sustantiva, sino de la valoración probatoria realizada por la Audiencia Provincial, lo que está vedado en casación.

2.- Las ganancias dejadas de obtener a que se refiere el art. 1106 CC se identifican con el lucro cesante, entendido como la ventaja patrimonial cuya obtención por el acreedor ha quedado frustrada por el incumplimiento de la parte contraria; y se identifica con el incremento patrimonial neto que el dañado habría conseguido mediante el empleo de la prestación incumplida (sentencias de esta sala 175/2009, de 16 de marzo , 289/2009, de 5 de mayo , y 662/2012, de 12 de noviembre).

Desde ese punto de vista, la sentencia recurrida no indemniza ningún lucro cesante, sino un daño emergente y directo, consistente en el perjuicio sufrido por la empresa demandante al soportar que se utilizaran sus servicios mediante el empleo de títulos ilícitos en vez de títulos legítimos comprados por su precio.

3.- Por lo que este último motivo de casación también ha de ser desestimado.

Recurso de casación de Axa

DECIMOCTAVO.- *Primer motivo de casación. Excepciones oponibles al perjudicado por el asegurador de la responsabilidad civil*

Planteamiento :

1.- El primer motivo del recurso de casación de la aseguradora denuncia la infracción de los arts. 76 y 73 LCS y de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006 , 25 de noviembre de 2004 , 9 de febrero de 1994 y 29 de noviembre de 1991 .

2.- Al desarrollar el motivo, se argumenta, resumidamente, que la aseguradora puede oponer al perjudicado las excepciones que tiene contra el asegurado que son eminentemente objetivas, emanadas de la Ley o del contrato de seguro, dentro de cuyos límites queda el obligado el asegurador a indemnizar al perjudicado.

La falta de cobertura de un determinado daño no constituye una excepción personal del asegurador frente a su asegurado, sino una auténtica limitación al nacimiento del derecho del tercero frente al asegurador.

Decisión de la Sala :

1.- El art. 76 LCS establece que la acción directa del perjudicado contra el segurador es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. No obstante, el asegurador podrá oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. La sentencia 494/2006, 10 de mayo , matizó que cuando el causante del daño que da lugar a la responsabilidad civil está asegurado, el tercero perjudicado tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76 LCS). Como dice la sentencia 40/2009, de 23 de abril , su finalidad es «evitar el circuito de acciones a que llevaría la necesidad de reclamar en primer lugar al causante-asegurado, para que éste reclamase a su aseguradora, una vez hubiese pagado la correspondiente indemnización».

Se trata, pues, de una acción autónoma e independiente de la que puede tener el perjudicado frente al asegurado y que se configura como un derecho de origen legal que tiene como finalidad la satisfacción del daño producido al tercero perjudicado.

2.- En el motivo de casación se plantea el problema de las denominadas excepciones impropias, es decir, las referidas a hechos relacionados con el contenido del contrato de seguro suscrito entre la compañía de seguros y el tomador, que producen daños en un tercero y quedan excluidos en la póliza o no se aseguran con las características con las que se produjo. En una interpretación puramente literal del art. 76 LCS parecería que estas excepciones tampoco serían oponibles al perjudicado, porque solo se podrían oponer las excepciones personales que tenga la compañía de seguros contra el perjudicado y la negligencia del mismo como causa del siniestro, en ninguna de las cuales está este supuesto. No obstante, esta interpretación ha sido matizada por la jurisprudencia de la sala.



La sentencia 40/2009, de 23 de abril, si bien reconoce que la acción directa es inmune a las excepciones personales que el asegurador puede oponer frente al asegurado, también sostiene que se pueden oponer las denominadas en la sentencia «excepciones impropias», que define como «aquellos hechos impeditivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes», es decir, [...]«aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que [el asegurador] podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado». Según la misma sentencia, estas excepciones son admisibles porque «la acción directa del art. 76 LCS tiene su fundamento en el propio contrato por lo que su contenido puede hacerse valer frente al asegurado y así, en el seguro de responsabilidad civil, la regla general es que la obligación del asegurador viene determinada frente a terceros por la cobertura del asegurado».

En la sentencia 268/2007, de 8 de marzo, respecto de las condiciones generales del contrato de seguro y las cláusulas delimitadoras del riesgo, se establece que, a pesar de que la compañía de seguros no puede alegar las excepciones personales que tenga frente al asegurado en caso de ejercicio de la acción directa, ello no puede afectar a la delimitación del riesgo asegurado, pues en otro caso se superarían los límites del contrato de seguro y la cobertura sería ilimitada. Y afirma:

«Tal previsión no puede extenderse a la propia definición del riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, elementos que por integrar el marco en que se desenvuelve el aseguramiento y, por tanto, resultar determinantes para la fijación de la prima del seguro, lo son también para el establecimiento del límite de la obligación indemnizatoria de la aseguradora, sin que pueda deducirse que dicha obligación respecto del tercero pueda exceder de los propios límites del seguro concertado pues en tal caso se estaría rebasando la propia definición del contrato de seguro contenida en el artículo 1º de la Ley cuando señala que la obligación de la aseguradora a indemnizar lo será "dentro de los límites pactados" y se llegaría a la conclusión inadmisibles de que frente al tercero perjudicado la cobertura sería siempre ilimitada».

La sentencia 1166/2004, de 25 de noviembre, utiliza el concepto de hecho constitutivo del perjudicado al ejercitar la acción directa, de tal forma que, si este no existe, no podrá prosperar la acción directa. Considera esta sentencia como hecho constitutivo que «[s]u derecho de crédito a obtener la indemnización esté dentro de la cobertura del seguro. Para que surja el derecho del tercero contra el asegurador es indispensable que tenga su origen en un hecho previsto en el contrato de seguro. Porque es presupuesto de la obligación del asegurador que se verifique el evento dañoso delimitado en el contrato». De tal forma que, si el hecho que origina el daño no está cubierto por el seguro, no estamos en el campo de las excepciones en sentido estricto, sino en supuestos en los que se debe rechazar la acción porque faltan los presupuestos para que prospere. Se trataría en este caso de excepciones objetivas, que se basan en: (i) la inexistencia del contrato o la extinción de la relación jurídica; (ii) la ausencia del derecho del perjudicado al resarcimiento; y (iii) que el derecho del tercero esté fuera de la cobertura del seguro.

Por fin, la sentencia 200/2015, de 17 de abril, aclara que pueden oponerse al perjudicado las excepciones relativas a la cobertura del riesgo, pero no aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado. En particular, dice:

«El derecho propio del tercero perjudicado para exigir al asegurador la obligación de indemnizar - STS 12 de noviembre 2013 -, no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. De forma que el tercero perjudicado, cuando ese causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones que no se confunden: la del asegurado causante del daño (que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual o el contractual) y la del asegurador (que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76).

»Y es que, al establecer el artículo 76 de la LCS que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador frente al asegurado, se ha configurado una acción especial, que deriva no solo del contrato sino de la ley, que si bien permite a la aseguradora oponer al perjudicado que el daño sufrido es realización de un riesgo excluido en el contrato, no le autoriza oponer aquellas cláusulas de exclusión de riesgos que tengan su fundamento en la especial gravedad de la conducta dañosa del asegurado, como es la causación dolosa del daño, "sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado"; derecho de repetición que sólo tiene sentido si se admite que el asegurador no puede oponer al perjudicado que el daño tuvo su origen en una conducta dolosa precisamente porque es obligación de la aseguradora indemnizar al tercero el daño que deriva del comportamiento doloso del asegurado».

3.- Analizadas las dos cláusulas contractuales controvertidas a la luz de la jurisprudencia expuesta, debemos concluir que la 4.10, en cuanto que excluye los daños causados por mala fe del asegurado, no puede exonerar a la aseguradora frente al perjudicado, por las razones expuestas en la transcrita sentencia 200/2015, a la que



nos remitimos. Si, además, la sentencia recurrida ni siquiera califica como dolosa la conducta de la asegurada (Martínez Cano), más inaplicable resulta esta excepción.

En cuanto a la cláusula 4.12, se refiere a un supuesto que no es objeto de la indemnización, puesto que excluye los daños no consecutivos y, al resolver el recurso de casación de Martínez Cano, ya hemos visto que la sentencia recurrida solo condena a pagar los daños consecutivos o directos derivados de la negligencia contractual de la asegurada.

4.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de casación debe ser desestimado.

DECIMONOVENO.- Segundo motivo de casación. Cláusulas delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro

Planteamiento :

1.- En el segundo motivo de casación, la aseguradora denuncia la infracción del art. 3 LCS .

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, sintéticamente, que la cláusula contractual por la que se excluyen las pérdidas económicas que no sean consecuencia directa de un daño material o personal sufrido por el reclamante no es una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, sino una cláusula delimitadora del riesgo.

Decisión de la Sala :

1.- En este caso la discusión sobre si la cláusula que excluye los daños indirectos es de delimitación de cobertura o limitativa es inane, porque lo relevante es que no resulta de aplicación al caso, en cuanto que la Audiencia Provincial no ha condenado a la asegurada a la indemnización de daños indirectos, sino únicamente de daños directamente relacionados con su incumplimiento contractual, del que se deriva su responsabilidad civil asegurada.

2.- En su virtud, este segundo motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior.

VIGÉSIMO.- Tercer motivo de casación. Autonomía de la voluntad. Buena fe

Planteamiento :

1.- En el tercer motivo de casación de esta recurrente se denuncia la infracción de los arts. 1091 , 1255 y 128 CC , en relación con los arts. 51 y 57 CCom .

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que la sentencia recurrida no tiene en cuenta que, según lo acordado por las partes en la póliza de seguro, no están cubiertos los daños que no deriven de un daño material o personal previo. Sin que ello sea contrario a la Ley, la moral, el orden público, el uso o la buena fe.

Decisión de la Sala :

1.- Aparte de que se citan como infringidos unos preceptos legales tan genéricos que es difícil determinar si han resultado infringidos o no, máxime cuando ni siquiera constituyen la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, el motivo incurre en una petición de principio, puesto que da por hecho que los daños a cuya indemnización se ha condenado no son directos, cuando no es así, puesto que, como hemos repetido, se tratan de daños patrimoniales directos, derivados de la utilización de los servicios de la empresa demandante mediante el empleo de títulos ilícitos, en vez de títulos legítimos comprados por su precio.

2.- Por ello, este último motivo de casación también debe ser desestimado.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Costas y depósitos

1.- La desestimación de los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación conlleva que deban imponerse a las recurrentes las costas causadas por sus respectivos recursos, según determina el art. 398.1 LEC .

2.- Así mismo, procede ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ .

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 los recursos extraordinarios por infracción procesal interpuestos por Martínez Cano Canarias S.A. y Axa Seguros e Inversiones S.A. contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2015, dictada por la Audiencia



Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, sección 5.ª, en el recurso de apelación núm. 804/2012 (rectificada por auto de 23 de abril de 2015).

2.º- Desestimar los recursos de casación interpuestos por las mismas partes recurrentes contra dicha sentencia, que confirmamos.

3.º- Condenar a las partes recurrentes al pago de las costas causadas por dichos recursos.

4.º- Ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su interposición.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ