



Roj: **ATS 7408/2020 - ECLI:ES:TS:2020:7408A**

Id Cendoj: **28079110012020202869**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2020**

Nº de Recurso: **4792/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 23/09/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4792/2017

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCIÓN N. 28 DE MADRID

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MPL/rf

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4792/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 23 de septiembre de 2020.

Esta sala ha visto

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Las representaciones procesales de Scor Global P&C S.E., Asefa S.A. Seguros y Reaseguros y Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (Caser) presentaron sus respectivos escritos de interposición de recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada con fecha 3 de julio de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación n.º 475/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 24/2012 del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid.

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación la referida Audiencia Provincial tuvo por interpuestos los recursos y acordó elevar las actuaciones a este Tribunal Supremo, habiéndose notificado dicha resolución a las partes litigantes, por medio de sus respectivos procuradores.

TERCERO.- Mediante diligencia de ordenación de fecha 7 de diciembre de 2017 se tuvo por parte recurrente a la procuradora Dña. María del Carmen Giménez Cardona en nombre y representación de Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (Caser S.A.) y mediante diligencia de ordenación de 13 de diciembre de 2017 se tuvo por parte recurrente a la procuradora Dña. María Isabel Campillo García, en nombre de Scor Global P&C S.E. y al procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre de la parte recurrente Asefa S.A. Seguros y Reaseguros. A su vez, el día 3 de enero de 2018 se dictó diligencia de ordenación por la que se tuvo por parte recurrida al procurador D. Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de Musaat Mutua de Seguros a Prima Fija.

CUARTO.- Por las partes recurrentes se han efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la Disposición Adicional 15.ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

QUINTO.- Mediante providencia de fecha 3 de junio de 2020, se acordó poner de manifiesto a las partes personadas, por el plazo de diez días, las posibles causas de inadmisión de los recursos.

SEXTO.- Las partes recurrentes han formulado alegaciones a favor de la admisión de los recursos interpuestos. Por la parte recurrida se presentó escrito de alegaciones en el que se interesa la inadmisión de los recursos interpuestos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las representaciones procesales de Scor Global P&C SE, Asefa S.A. Seguros y Reaseguros y Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (Caser), formularon respectivamente recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra una sentencia dictada en un juicio ordinario sobre derecho de la competencia, con tramitación ordenada por razón de la materia (art. 249.1.4.º LEC) y con acceso a casación por el cauce previsto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, que exige acreditar el interés casacional.

Conforme a la Disposición Final 16.ª.1 regla 5 LEC, sólo si se admite el recurso de casación por interés casacional, podrá examinarse la admisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El recurso de casación formulado por Scor Global P&C SE se interpone por el cauce correcto y se estructura en un único motivo, que se funda en la vulneración del art. 1968.2 del CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo concretada en las sentencias n.º 589/2015, de 14 de diciembre y 544/2015, de 20 de octubre, en relación al momento en el que debe entenderse que comienza el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción del art. 1968.2 CC. La parte recurrente argumenta que el tribunal de apelación omite hechos que han sido acreditados en el procedimiento y que evidencia que Musaat tenía aptitud plena para litigar desde diciembre de 2006 y, en cualquier caso, desde que remitió la carta a la DGSFP el 6 de marzo de 2007, denunciando formalmente la supuesta campaña de denigración, que se había realizado en su contra por el lanzamiento del seguro decenal.

Tal y como se ha planteado, el recurso de casación debe ser inadmitido, porque incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional (art. 483.2.3.º), pues la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia de esta sala. Por el contrario, toma en consideración la jurisprudencia concretada, entre otras, en las sentencias de 25 de noviembre de 2016 y 20 de octubre de 2015, según la cual el día inicial para el cómputo de la prescripción es aquel en que la misma puede ejercitarse, lo que exige que para que la prescripción comience a correr en su contra, la parte que propone el ejercicio de la acción disponga de todos los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar. En consecuencia, el tribunal de apelación determina que, pese a que pueda suponer un indicio de esta clase de prácticas, no basta la simple noticia de que un reasegurador ha retirado su oferta por razón de virtuales presiones, ni la mera noticia de que el órgano administrativo lleva a cabo una investigación sobre este particular, al menos mientras no se tenga constancia de su resultado. En todo, caso el motivo adolece de carencia manifiesta de fundamento (art. 482.2.4.º LEC), por alteración de la base fáctica, pues la recurrente alude en el desarrollo del motivo a



la omisión por parte de la Audiencia de hechos probados en el seno del proceso, lo que implica una voluntad tendente a modificar la base fáctica de la sentencia.

Es doctrina constante de esta sala que la casación no constituye una tercera instancia y no permite revisar la valoración de la prueba realizada por los Tribunales de apelación, pues su función es la de contrastar la correcta aplicación del ordenamiento a la cuestión de hecho, que ha de ser respetada (sentencias núm. 142/2010, de 22 de marzo; 56/2011, de 23 febrero; 71/2012 de 20 febrero; 669/2012, de 14 de noviembre; 147/2013, de 20 de marzo; 5/2016, de 27 de enero y 41/2017, de 20 de enero; entre otras muchas). Como consecuencia de lo cual, en el recurso de casación se ha de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados en la sentencia recurrida, lo que en el presente caso no hace el recurrente.

Las razones expuestas justifican la inadmisión del recurso interpuesto, sin que las alegaciones realizadas tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión, supongan una alteración de dichos razonamientos habida cuenta que la parte recurrente se limita a reiterar los argumentos expuestos en el recurso ahora examinados.

La improcedencia del recurso de casación determina que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16.ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª, párrafo segundo, LEC.

TERCERO.- El recurso de casación formulado por Asefa S.A. Seguros y Reaseguros se interpone por el cauce correcto y se articula en un único motivo, denominado "PRIMER MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN POR INTERÉS CASACIONAL", que se funda en la infracción del art. 1902 del CC, en relación con la jurisprudencia contenida en las sentencias n.º 470/1999, 1252/2011, de 28 de diciembre y 182/2001, de 2 de marzo, por cuanto la sentencia condena a la indemnización por un daño que no viene causado por el acto que se imputa a Asefa, sino por causa imputable al perjudicado, esto es Musaat y a terceros. La parte recurrente argumenta que el tribunal de apelación no tiene en cuenta que el hecho determinante de que Musaat contratara con Nacional RE es la situación de premura en que se encontraba Musaat, por haber lanzado al mercado un nuevo producto y no tener un reaseguro. Esta situación de premura es imputable Musaat, bien por lanzar al mercado el producto sin tener cerrada una oferta firme, o bien por tener cerrada la oferta firme y ante la retirada de la oferta por Hannover RE, no exigirle su cumplimiento.

Planteado en los términos expuestos el recurso debe ser inadmitido, pese a las alegaciones efectuadas, porque incurre en la causa de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4.º LEC), por cuanto el recurso discurre al margen de la base fáctica y de la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida. Concretamente, en la sentencia recurrida se transcriben las conductas que de acuerdo con la Comisión Nacional de la Competencia son atribuibles a Asefa. En este sentido, se indica que la entidad ha participado en la infracción desde el inicio, ha jugado un papel activo en la aplicación del acuerdo de precios mínimos y ha llevado a cabo actuaciones de presión y boicot frente a empresas que no cumplían el acuerdo anticompetitivo o facilitaban su incumplimiento.

A la vista de lo expuesto, el recurso no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose, de la prueba practicada, de los hechos probados y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos, de suerte que la cita de norma infringida resulta meramente instrumental y, subsiguientemente incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso desde el momento en que responde a una situación fáctica distinta de la apreciada por la resolución recurrida y en la que se obvia la propia *ratio decidendi* de dicha resolución. La función de control en la interpretación y aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial que cumple el recurso de casación, exige que las cuestiones jurídicas que se planteen respeten los hechos o base fáctica de la sentencia impugnada, sin que puedan mutilarse, ser sustituidos ni adicionados con otros no tenidos en cuenta de forma explícita o implícita por la sentencia recurrida (SSTS 690/2012, de 21 de noviembre, y 616/2012, de 23 de octubre).

La improcedencia del recurso de casación determina que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16.ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5.ª, párrafo segundo, LEC.

CUARTO.- El recurso de casación formulado por Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (Caser) se interpone por el cauce correcto y se articula en dos motivos. El primer motivo del recurso se funda en la vulneración del art. 74, apartado 3.º de la LDC en la redacción dada por el RD 9/2017, de 26 de



mayo. La recurrente argumenta que Musaat se hallaba en plena aptitud para litigar, de modo que el tribunal de apelación ha aplicado retroactivamente la modificación del art. 74 de la LDC.

El segundo motivo del recurso se basa en la vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de provisiones técnicas, que se concreta en las sentencias de fecha 3 de octubre de 2007 y 8 de mayo de 2008, pues la sentencia recurrida omite todo pronunciamiento relativo a las provisiones técnicas. En el desarrollo del motivo se invoca el art. 16 del TRLOSSP y los artículos 41, 44 y 77 y siguientes del ROSSP. La parte recurrente argumenta que en la sentencia se indica que para determinar el daño no tiene sentido manejar índices estadísticos eventualmente indicativos de previsibilidad y otorga plena credibilidad a la pericial de Musaat, ignorando que se trata de una entidad aseguradora y que para determinar cuál es el daño emergente es obligatoria la observancia de las normas en materia de constitución y contabilización de provisiones técnicas.

Pese a las alegaciones realizadas, tal y como está planteado el recurso de casación debe ser inadmitido por las razones siguientes:

i) El primer motivo incurre en la causa de inadmisión de falta de justificación del interés casacional (art. 483.2.2.º LEC en relación con el art. 481.1 LEC). La vía casacional prevista en el ordinal tercero del art 477.2 exige que el recurso presente interés casacional, bien por oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o por resolver puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, por lo que deberá acreditarse la concurrencia de interés casacional en uno de los dos sentidos, lo que no hace la recurrente.

Por un lado, la justificación del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, según la jurisprudencia reiterada de esta sala, precisa que se invoquen dos sentencias firmes y colegiadas, de una misma sección, de una audiencia provincial, que decidan en sentido contrario al seguido en otras dos sentencias, también firmes, y colegiadas de una misma sección, que ha de ser distinta, pertenezca a o no a la misma audiencia provincial. Tal interés casacional no ha sido justificado por la recurrente.

Por otro lado, el recurso de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo requiere, como se indica en el Acuerdo de Pleno sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 27 de enero de 2017, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas, debiendo existir identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto de recurso. Cuando se trate de sentencias de Pleno o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón del interés casacional, bastará la cita de una sola sentencia, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión. Además, es necesario justificar de qué forma ha sido vulnerada su doctrina por la sentencia recurrida, sobre qué aspectos de las normas citadas versa, de qué forma ha sido infringida, y también, si la misma resulta relevante en este asunto concreto, pues de no ser aplicable a las cuestiones objeto del proceso tampoco podrá haberse contradicha por este Tribunal, en cuyo caso faltará el requisito del interés casacional, que debe ser objetivable en cada caso, en la medida que tiene la naturaleza de presupuesto a que se acaba de hacer mención (AATS 11 de marzo y 24 de junio 2003). Este interés casacional tampoco se ha justificado, ya que la recurrente ni tan siquiera ha citado la jurisprudencia que considera infringida.

ii) El segundo motivo del recurso incurre en la causa de inadmisión de falta de las formalidades exigibles al recurso de casación (483.2.2.º LEC), dado que no se identifica en el encabezamiento la norma de naturaleza civil o mercantil que se considera infringida, y, en su desarrollo, se hace empleo de la fórmula "y siguientes".

Conforme se desprende del Acuerdo sobre criterios de admisión, se exige que la cita del precepto de naturaleza civil o mercantil se efectúe en el encabezamiento del motivo, de forma clara y precisa, sin que sea admisible el empleo de la fórmula "y siguientes". Sin embargo, en este caso la recurrente funda el motivo en la infracción de doctrina jurisprudencial en relación con art. 16 del TRLOSSP y los artículos 41, 44 y 77 y siguientes del ROSSP, preceptos que, con independencia de su naturaleza, invoca a lo largo del desarrollo del motivo y no en el encabezamiento del recurso.

En todo caso, el motivo adolece de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2. 4.º LEC), porque el recurso se aparta de la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, al invocar normas en las que la sentencia no ha fundado su decisión y por alteración de la base fáctica, pues la Audiencia acoge la realidad siniestral emanada de la documentación de Musaat, porque no se ha adoptado -o no se ha adoptado eficazmente en el caso de Caser- iniciativa probatoria alguna tendente a desvirtuarla.

Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 483.4 y 473.2 LEC, dejando sentado los artículos 473.3 y 483.5 LEC que contra este auto no cabe recurso alguno.



QUINTO.- Abierto el trámite contemplado en los artículos 483.3 y 473.2 LEC, habiendo presentado escrito de alegaciones la parte recurrida, se imponen las costas a las partes recurrentes.

SEXTO.- Siendo inadmisibles los recursos de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal procede la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15.ª, apartado 9, LOPJ.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1.º) Inadmitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Scor Global P&C S.E., contra la sentencia dictada con fecha 3 de julio de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación n.º 475/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 24/2012 del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid.

2.º) Inadmitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Asefa S.A. Seguros y Reaseguros contra la sentencia dictada con fecha 3 de julio de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación n.º 475/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 24/2012 del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid.

3.º) Inadmitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Caja de Seguros Reunidos Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (Caser) contra la sentencia dictada con fecha 3 de julio de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª), en el rollo de apelación n.º 475/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 24/2012 del Juzgado de lo Mercantil n.º 12 de Madrid.

4.º) Declarar firme dicha sentencia.

5.º) Imponer las costas de los recursos a las partes recurrentes, quienes perderán los depósitos constituidos.

6.º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, previa notificación de esta resolución por este Tribunal a las partes recurrentes y recurrida comparecidas ante esta sala.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.