

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 23 abril de 2009. Recurso 497/2003. Ponente: Doña Encarnación Roca Trias.**

SENTENCIA

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos de casación interpuestos ante la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, por D. Teodosio y MUSSAT, MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA representados por la Procuradora Dª. Ana Vidarte Fernández, por AURORA POLAR SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representado por el Procurador de los Tribunales D. Gonzalo Arostegui Gómez, por REDEM S.C.L. y MAPFRE SEGUROS GENERALES (antes MAPFRE NORTE CIA. DE SEGUROS GENERALES Y DE REASEGUROS, S.A.), representada por la Procuradora Dª Paula Basterreche Arcocha , por MAPFRE INDUSTRIAL S.A.S. y ONDARRA, S.A., representadas por el Procurador D. Abraham Fuente Lavin, y por D. Pedro Miguel , D. Avelino y ASEMAS, representados por la Procuradora Dª María Basterreche Arcochas contra la Sentencia dictada, el día 4 de diciembre de 2002 por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 199/02 (LA LEY 203773/2002) que resolvió el recurso interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Bilbao, en los autos de juicio ordinario de Mayor Cuantía nº287/99. Ante esta Sala comparecen los recurrentes, así como D. Ernesto en concepto de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, interpusieron demanda de juicio ordinario de mayor cuantía, D. Ernesto , Dª Gabriela y D. Íñigo contra REDEM, SOCIEDAD COOPERATIVA LIMITADA, ONDARRA, S.A., MAPFRE NORTE COMPAÑIA DE SEGUROS GENERALES Y REASEGUROS, S.A., D. Teodosio , MUSAAT, MUTUA DE SEGUROS PARA APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS A PRIMA FIJA, D. Pedro Miguel , D. Avelino , ASEMAS, ASOCIACIÓN DE SEGUROS MUTUOS DE ARQUITECTOS SUPERIORES, y AURORA POLAR, en reclamación de cantidad. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... se dicte definitivamente sentencia por la que estimándose íntegramente la presente demanda se condene solidariamente a todos los demandados a abonar a mi mandante **350.652.415 pts** ., si bien para las aseguradoras habrá de responder dentro de los límites de sus coberturas pactadas y todo ello con*

*imposición de intereses legales que para las aseguradoras serán previstos en el art. 20 de la Ley del Contrato del Seguro y costas del procedimiento".*

La Procuradora D<sup>a</sup> Milagros Gómez Villarejo, en representación de D. Ernesto , presentó escrito ampliando la demanda contra la mercantil MAPFRE INDUSTRIAL, S.A., acordándose por resolución de fecha 9 de junio de 1999, tener por ampliada la demanda contra la referida entidad, y acordar el emplazamiento de la misma.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de MAPFRE NORTE CIA. DE SEGUROS GENERALES Y DE REASEGUROS, S.A. (hoy Mapfre Seguros Generales) y de REDEM SDAD. COOP. LTDA en liquidación, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... dictar Sentencia por la que: 1º.- La jurisdicción civil no es competente para el conocimiento de la reclamación que se formula frente a REDEM Sdad. Coop. en liquidación, ni por ende frente a su compañía aseguradora Mapfre Norte, S.A. (hoy Mapfre Seguros Generales), en la medida en que la misma se basa en un presunto incumplimiento de las obligaciones específicas derivadas del contrato de trabajo. O subsidiariamente: 2º.- Se absuelva íntegramente a mis mandantes de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, teniendo en todo caso en cuenta a efectos de una eventual condena, que las responsabilidades de la compañía aseguradora Mapfre Norte, S.A., hoy Mapfre Seguros Generales deben quedar contraídas al límite máximo de la suma asegurada en la póliza de responsabilidad civil que se invoca de contrario, la cual asciende a 50.000.000 ptas . Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante".*

La representación de D. Teodosio y de MUSAAT, Mutua de Seguros a Prima Fija, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: *"... dictar Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda formulada por D. Ernesto , a quien habrán de ser impuestas la totalidad de las costas causadas en el presente litigio".*

La representación de MAPFRE INDUSTRIAL S.A.S. y de ONDARRA, S.A., alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando: *"...se dicte en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas a las parte actora, por su clara y manifiesta temeridad".*

La representación de D. Pedro Miguel , de D. Avelino y de ASEMAS (Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores), alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"...dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo de la misma a mis representados con imposición de costas a la parte actora, a) Declarando que los daños denunciados son imputables al contratista, o bien, a los aparejadores o bien, imputables al demandante; b) Subsidiariamente, declarando que los daños denunciados no son imputables a la labor de los Arquitectos Superiores de las obras. c) Subsidiariamente, declarando la existencia de concurrencia de culpas con el demandante y minorando por tanto la indemnización procedente"*.

La representación de AURORA POLAR SOCIEDAD ANONIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS, alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"...se dicte en su día Sentencia por la que estimando las excepciones dilatorias invocadas absuelva en la instancia a mi representada, o en su caso, admitiendo las causas de oposición a la demanda, desestime íntegramente la misma en cuanto al fondo del asunto, absolviendo a mi representada, con expresa imposición de costas a la parte actora en ambos casos"*.

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se presentaron los respectivos escritos de réplica y dúplica y habiéndose solicitado el recibimiento del 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 3 de Bilbao dictó Sentencia, con fecha 19 de julio de 2001 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: QUE DEBO ESTIMAR Y ESTIMO la demanda promovida por la Procuradora de los Tribunales Sra. Gómez Villarejo, en representación de D. Ernesto , asistido de sus curadores Dña. Gabriela y Don Íñigo , contra Mapfre Norte Cia de Seguros Generales y de Reaseguros, S.A. (hoy Mapfre seguros Generales) y Redem Sociedad Cooperativa Limitada en Liquidación, representadas por la Procuradora de los Tribunales Sra. Vidarte Fernández, contra Don Pedro Miguel , D. Avelino y Asemas, Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Baterreche Arcocha, contra Mapfre Industrial, S.A. y la mercantil Ondarra, S.A. representadas por el Procurador de los Tribunales Sr. Fuente Lavin y contra Aurora Polar Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Aróstegui Gómez, y, en consecuencia, DEBO*

*CONDENAR Y CONDENO a los demandados a que conjunta y solidariamente abonen al actor la suma de DOSCIENTAS NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTAS VEINTICUATRO MIL SETECIENTAS SESENTA Y DOS PESETAS (292.624.762,-) respondiendo las aseguradoras dentro del límite de las coberturas pactadas señaladas en el inciso final del fundamento jurídico séptimo de esta resolución, con imposición de intereses legales que para las citadas aseguradoras serán los previstos en el art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde la fecha del siniestro, 29 de Marzo de 1994 , que al haber transcurrido mas de dos años será del 20% anual desde la fecha del siniestro, imponiéndole a los demandados las costas procesales causadas".*

La representación de Aurora Polar, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, y de D. Ernesto, D<sup>a</sup> Gabriela, y de D. Íñigo , presentaron escritos solicitando aclaración de sentencia, que fue resuelto por Auto de fecha 14 de diciembre de 2001 , en el sentido siguiente: "...*RAZONAMIENTOS JURÍDICOS.- ÚNICO.- A tenor de lo previsto en los arts. 267.3 L.O.P.J. y 363 LEC-1881 resulta procedente efectuar aclaración de la sentencia dictada en estos autos el pasado 19 de Julio , siendo preciso para ello el análisis de la respectiva cobertura de los contratos de seguro suscritos con las aseguradoras Mapfre, Musaat, Asemas y Aurora Polar. a) Redem Sociedad Cooperativa en liquidación tenía concertada con Mapfre Norte, S.A. (hoy Mapfre Seguros Generales) póliza de responsabilidad civil n° 896-9100151084 con una suma asegurada de 50.000.000 pts (doc. 8 de la demanda). b) Construcciones Ondarra, S.A. tenía concertada póliza de responsabilidad civil n° 096.9304803168 con Mapfre Industrial, Sociedad Anónima de Seguros por importe máximo de 65.000.000 pts (doc. 9 de la demanda) y otra complementaria de 85.000.000 pts. cubriendo el riesgo derivado de la construcción de un edificio destinado a centro de salud, donde se produjeron los hechos de autos. (doc. 10 de la demanda). c) el Arquitecto Técnico Sr. Teodosio tenía suscrita póliza de responsabilidad civil n° NUM000 con Musaat, Mutua de Seguros para Aparejadores y Arquitectos a prima fija con una suma asegurada de 30.000.000 pts. (doc. 11 de la demanda). d) Los Arquitectos Superiores Sres. Pedro Miguel y Avelino habían concertado seguro de responsabilidad civil profesional con Asemas, Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores, cubriendo cada una de las pólizas, la suma de 50.000.000 pts (docs. 12 y 13 de la demanda). e) El Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) tenía suscrita póliza de responsabilidad civil general n° 62.002.796 con Aurora Polar, Sociedad Anónima de Seguros, garantizando, entre otras, "las responsabilidades derivadas de trabajos*

*realizados por el asegurado por cuenta de él, por adjudicatarios, concesionarios, contratistas y subcontratistas, en defecto o en forma subsidiaria a las coberturas de seguros de responsabilidad civil suscritas por estos y siempre que el valor de ejecución no supere los 500.000.000 pts. No queda cubierta la responsabilidad civil directa de adjudicatarios, concesionarios, contratistas subcontratistas", lo que en este caso supone que esta aseguradora deberá responder de aquellas cantidades hasta la suma declarada en sentencia no cubiertas por los contratistas y subcontratistas y sus respectivas aseguradoras (doc. 14 de la demanda). Además en dicha póliza existía franquicia de 1.000.000 pts por siniestro que deberá tenerse en cuenta en este caso. **PARTE DISPOSITIVA: QUE DEBO ACLARAR Y ACLARO** la sentencia dictada en estos autos el pasado 19 de Julio en los términos que constan en el único fundamento jurídico de esta resolución".*

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación REDEM, S.C.L. y MAPFRE NORTE CIA. DE SEGUROS, ONDARRA y MAPFRE INDUSTRIAL, Teodosio y MUSAAT MUTUA DE SEGUROS, Pedro Miguel Avelino Y ASEMAS MUTUA DE ARQUITECTOS SUPERIORES y AURORA POLAR CIA DE SEGUROS. Sustanciadas las apelaciones, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó Sentencia, con fecha 4 de diciembre de 2002 , con el siguiente fallo: "Que con **DESESTIMACIÓN** de los recursos de apelación interpuestos por las representaciones de Mapfre Seguros Generales Redem S.C.L., Mapfre Industrial Ondarra, S.A., Musaat Mutua de Seguros, D. Teodosio y D. Avelino , Aurora Polar Osakidetza, en el procedimiento de Mayor Cuantía 287/99 seguido en el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Bilbao, **DEBEMOS CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS** la sentencia recurrida, anulando el auto aclaratorio de la misma de fecha 14/12/01 y condenamos solidariamente a todos los apelantes al pago de la cantidad establecida en sentencia de 292.624.762.- pesetas con los siguientes límites: a) Mapfre Norte, S.A. hoy Mapfre Seguros Generales por la póliza de responsabilidad civil nº 896-9100151084, suscrita con la mercantil Redem, S.C.L., hasta la suma asegurada de 50.000.000.- ptas. b) Mapfre Industrial, S.A. por las pólizas de responsabilidad civil nº 096- 9304803168 y la complementaria de la misma, suscrita con la mercantil Ondarra, S.L., hasta las sumas aseguradas de 150.000.000 ptas. c) Musaat, por la póliza de responsabilidad civil nº NUM000 , suscrita con el Arquitecto Técnico Sr. del Teodosio , hasta la suma de 30.000.000 ptas. d) Asemas, por la póliza de responsabilidad civil firmada por el Arquitecto Superior, Sr. Avelino , hasta la suma de 50.000.000 ptas. f) Aurora Polar, por la

póliza de responsabilidad civil nº 60.002.796, hasta la suma asegurada de 500.000.000 ptas. suscrita con el Servicio Vasco de Salud (Osakidetza), descontando la franquicia de 1.000.000 ptas, que por siniestro contiene la póliza. Y ello con imposición del interés legal del 20% desde la producción del siniestro y las costas causadas en esta alzada".

**TERCERO.** Anunciados recursos de casación por las respectivas representaciones procesales de D. Teodosio y Musaat, de Aurora Polar Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros, de Mapfre Industrial, S.A. de Ondarra, S.A., de D. Pedro Miguel , de D. Avelino y de Asemas, de Redem S.C.L. y Mapfre Seguros Generales contra la sentencia de apelación, el Tribunal de Instancia lo tuvo por preparado interponiéndose los respectivos recursos.

La representación de AURORA POLAR, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS (en la actualidad AXA AURORA IBERICA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS) interpuso recurso extraordinario por infracción procesal articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantía del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley hubiere podido producir indefensión, por infracción del artículo 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Segundo.- Vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, por vulneración al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

El recurso de casación se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de normas aplicables, por aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil en relación con el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado , aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de Noviembre .

Segundo.- Infracción de normas aplicables, por violación del artículo 1902 , en relación con el artículo 1104, ambos del Código Civil .

Tercero.- Infracción de normas aplicables, por violación del artículo 73 , en relación con el artículo 1, ambos de la Ley 50/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro .

Cuarto.- Infracción por violación del artículo 73, en relación con el artículo 1, ambos de la Ley 50/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro .

Quinto.- Infracción por interpretación errónea del artículo 76, en relación con el artículo 73, ambos de la Ley 50/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro .

Sexto.- Infracción por aplicación indebida del artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro , conforme a su redacción vigente en el momento de ocurrir el accidente.

La representación procesal de REDEM, S.C.L. y MAPFRE SEGUROS GENERALES (antes MAPFRE NORTE CIA DE SEGUROS GENERALES Y REASEGUROS, S.A.), formuló recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal lo interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Único: Al amparo del motivo 1º del art. 469-1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil , se denuncia infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia, así como infracción del artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , el art. 2.a) de la Ley de Procedimiento Laboral y el art. 36 ss. de la L.E.C .

El recurso de casación se interpone articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del artículo 477.1 de la LEC por indebida aplicación de los artículos 1902 y 1903 del CC , en relación con los artículos 1105 y 1104 del CC y jurisprudencia que los interpreta.

Segundo: Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477. 1 de la LEC se denuncia la violación por incorrecta aplicación del art. 1902 y 1903 del CC.

Tercero: Se impugna a través de este motivo y con carácter subsidiario, la condena a la Compañía aseguradora Mapfre Seguros Generales al pago del 20% de los intereses devengados desde la fecha de producción del siniestro. Al amparo del nº 1 del art. 477 de la LEC se denuncia la indebida aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en la redacción dada a este precepto por la ley 30/1995 de 8 de noviembre de ordenación y supervisión de los seguros privados, en relación con el

mismo precepto de la misma Ley en su redacción de la anterior Ley de 8 de Octubre de 1980 , vigente cuando ocurrió el siniestro.

Cuarto: En cuanto a la condena en costas. Al amparo del art. 477.1 de la LEC se denuncia la inadecuada aplicación de los artículos 394, 397 y 398 de la LEC y la Jurisprudencia que los interpreta.

La representación de D. Pedro Miguel y D. Avelino, y ASESMA MUTUA DE ARQUITECTOS SUPERIORES, interpuso recurso de casación articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del artículo 479.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 1902 y ss. en relación con el artículo 1103 del Código Civil .

Segundo: Al amparo del artículo 479.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 1902 en relación con el artículo 1104 del Código Civil y con las normas que rigen las competencias profesionales de los Arquitectos Superiores y, en especial, con el R.D. 555/1986 , modificado por el R.D. 84/1990 .

Tercero: Al amparo del art. 479.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alegamos la infracción del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro .

Cuarto: Al amparo del art. 479.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alegamos la infracción del art. 523 de la antigua LEC .

La representación de MAPFRE INDUSTRIAL, S.A.S. y de ONDARRA, S.A., interpuso recurso de casación articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción de lo preceptuado en el artículo 1902 del Código Civil.

Segundo: Infracción de lo preceptuado en el artículo 1103 del Código Civil.

Tercero: Infracción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

Cuarto: Infracción del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La representación de D. Teodosio y de MUSAAT, Mutua de Seguros a Prima Fija, interpuso recurso de casación articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del artículo 1902 del Código Civil , en relación con el artículo 1104 del mismo cuerpo legal.

Segundo.- Interpretación contraria al criterio jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro .

Tercero.- Interpretación contraria al criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación a la aplicación del artículo 523 de la LEC .

Por resolución de fecha 11 de Febrero de 2003, la Audiencia Provincial acuerda: " *1.- SE DECRETA LA ACUMULACIÓN de los procedimientos incoados en este Tribunal a instancia de los Procuradores Gonzalo Arostestegui Gómez, Paula Basterreche Arcocha y María Basterreche Arcocha en nombre y representación de Aurora Polar Cia. de Seguros, Redem S.C.L., Mapfre Norte Cia. de Seguros, Pedro Miguel , Avelino y Asemas Mutua de Arquitectos Superiores y los Procuradores Ana Vidarte Fernández y Abraham Fuente Lavin en nombre y representación de Teodosio y Musaat Mutua de Seguros, Ondarra y Mapfre Industrial, repectivamente, para tramitar los recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos contra la Sentencia dictada en segunda instancia en este proceso. 2.- Remítanse los autos originales a la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo*".

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personaron ante esta Sala en concepto de recurrentes la Procuradora D<sup>a</sup> Magdalena Cornejo Barranco, en nombre y representación de Aurora Polar, Axa Aurora Ibérica; la Procuradora D<sup>a</sup> Adela Cano Lantero, en nombre y representación de Mapfre Seguros Generales; el Procurador D. Isacio Calleja García en nombre y representación de Asemas, D. Pedro Miguel y D. Avelino; el Procurador D. Federico Ruiperez Palomino, en nombre y representación de Mapfre Industrial, S.A.; la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús Pintado de Oyagüe, en nombre y representación de D. Ernesto , que lo hizo en concepto de parte recurrida.

Con fecha 13 de noviembre de 2007, la Sala dictó Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "**LA SALA ACUERDA: 1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** motivo tercero, interpuesto por la representación procesal de D. Teodosio y MUSAAT, **NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** , motivo cuarto, interpuesto por la representación procesal de MAPFRE INDUSTRIAL, S.A. y la mercantil ONDARRA, S.A.; **NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN** motivo cuarto interpuesto por la representación procesal de D.

*Pedro Miguel , D. Avelino Y ASEMAS, y NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN, motivo cuarto, interpuesto por la representación procesal de REDEM, S.C.L. y MAPFRE SEGUROS GENERALES, contra la Sentencia dictada, con fecha 4 de diciembre de 2002, por la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 3ª), en el rollo de apelación nº 199/2002, dimanante de los autos de juicio de mayor cuantía 287/1999 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Bilbao. 2.- ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por las indicadas representaciones contra la referida sentencia en cuanto al resto de los motivos, ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE REDEM, S.C.L. y MAPFRE SEGUROS GENERALES, así como el resto de los motivos de su recurso de casación y ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE AURORA POLAR".*

La Procuradora Dª Mª Jesus Pintado de Oyagüe, en representación de D. Ernesto , presentó los oportunos escritos oponiéndose a los recursos de casación formulados de contrario y solicitando se declarase no haber lugar a los mismos.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el quince de enero de dos mil nueve, en que el acto tuvo lugar, habiendo continuado su deliberación hasta el día veinticinco de marzo de dos mil nueve.

Ha sido Ponente el Magistrado Excm. Sra. Dª. **ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS,**

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Resumen de los hechos.

1º D. Ernesto se encontraba trabajando para la empresa REDEM, Soc. Coop., en las obras de construcción del nuevo ambulatorio de Osakidetza (Servicio vasco de Salud) en Bilbao. El 29 de marzo de 1994, cuando iba a retirar unos materiales situados en una plataforma de la obra, ésta se hundió, produciendo graves lesiones al trabajador.

El trabajador lesionado demandó a:

-REDEM, Sociedad cooperativa limitada, subcontratista y su empleadora, así como a la aseguradora de ésta MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A., por no revisar la plataforma.

-ONDARRA, S.A., contratista de la obra, constructora de la plataforma siniestrada, y a su aseguradora MAPFRE.

-D. Ernesto , aparejador, proyectista y director del plan de seguridad en la obra y su aseguradora MUSAAT, por no dirigir la ejecución de la plataforma, ni controlarla después de haber sido construida.

-D. Pedro Miguel y D. Avelino , arquitectos superiores, proyectistas y directores de la obra y su aseguradora ASEMAS, por no controlar la citada plataforma.

-AURORA POLAR, aseguradora de Osakidetza, dueña de la obra, ejercitándose contra dicha aseguradora la acción directa.

2º Los demandados contestaron de forma independiente y alegaron la falta de responsabilidad y la culpa del propio trabajador accidentado. Los demandados REDEM y su aseguradora y AURORA POLAR, alegaron, además, la incompetencia de la jurisdicción civil. ONDARRA y su aseguradora alegaron la falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la dueña de la obra, Osakidetza.

3º A la vista de las pruebas practicadas y después de rechazar las excepciones planteadas, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Bilbao, de 19 julio 2001 , estimó la demanda y condenó a todos los demandados de forma conjunta y solidaria a pagar al actor la cantidad de 292.624.762 Ptas. (1.758.710,24 euros). AURORA POLAR interesó aclaración de la sentencia, dictándose auto el 14 de diciembre de 2001 , en el que se declaró que dicha condenada *"deberá responder de aquellas cantidades hasta la suma declarada en sentencia no cubiertas por los contratistas y subcontratistas y sus respectivas aseguradoras"* .

4º Todos los demandados condenados apelaron la sentencia. La sentencia de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 4 diciembre 2002 , anuló de oficio el auto aclaratorio por considerar que había producido una modificación de la sentencia y confirmó la apelada. Rechazó la excepción de incompetencia de jurisdicción. Se van a resumir a continuación los argumentos utilizados en la sentencia recurrida para imponer la obligación de responder a cada uno de los demandados, por su importancia en los respectivos recursos de casación.

a) Por lo que respecta a REDEM, se considera probado que no se supervisó *"la estructura auxiliar que iba a ser utilizada por sus operarios"*, que había sido

instalada por otra empresa, la codemandada ONDARRA, S.A. Ha quedado acreditado que no se supervisó ni comprobó la plataforma que se iba a utilizar durante la descarga del material para la realización de los trabajos, *"lo que supone una omisión flagrante de las responsabilidades que la empresa REDEM, S.C.L. tiene hacia sus trabajadores de facilitarse las condiciones adecuadas para desarrollar con plena seguridad las tareas encomendadas"* .

b) La empresa ONDARRA, S.A. era la contratista principal, que realizó el plan de seguridad e higiene y construyó la plataforma. Ello lo hizo sin proyecto y sin plan de seguridad, no supervisó el mantenimiento y no limitó los usos para los que fue concebida. *"Teniendo a su cargo el correcto uso de los elementos auxiliares [...] no despliega la mínima actuación tendente a una utilización adecuada al propio plan de seguridad, ni por parte de sus operarios, ni por parte de las subcontratas por ella misma elegidas"* y no ha probado que lo revisara, ni que limitara la carga que podía soportar y son sus propios operarios los que la sobrecargan.

c) El arquitecto técnico Sr. Teodosio , proyectista del Plan de seguridad, una vez instalada la plataforma no la supervisó, no consta que indicase las limitaciones de la carga, no limitó los usos y no conoció, a pesar de sus frecuentes visitas a la obra, que se habían eliminado los puntales centrales de dicha plataforma.

d) Los arquitectos superiores Sres. Pedro Miguel y Avelino tenían como cometido supervisar la ejecución de la obra proyectada, no pudiendo excusar su actuación diciendo que a ellos no incumbía la seguridad, porque *"la plataforma es un elemento fundamental, como elemento auxiliar tendente a la adecuada realización de la obra proyectada, y como tal, está bajo la supervisión de los arquitectos superiores, directores éstos últimos de todos los elementos que intervienen en la obra"* .

e) OSAKIDETZA era el dueño de la obra que como promotor no delegó totalmente el control a su personal, sino que *"a través de sus servicios técnicos posee la suficiente calificación para reajustar elementos"* *"e incluso se reserva la facultad de tomar el control total de las obras"* .

En consecuencia, la sentencia recurrida concluye que *"Queda pues establecida la responsabilidad de todos los agentes, Redem, S. C.L., Ondarra, S.A., arquitecto técnico [...], arquitectos superiores, [...], y Osakidetza, cada uno en su propia actuación concreta y negligente, o bien derivada de la responsabilidad por el riesgo que generaron al no obrar diligentemente poniendo todos los medios para evitar el*

*daño causado, debemos considerar esta responsabilidad como solidaria entre todos ellos, [...] al no ser posible una individualización o cuantificación posible de sus actuaciones u omisiones, y ello frente al demandante y sin perjuicio de las acciones de repetición que puedan entablarse entre los distintos condenados o intervinientes en vía procesal que proceda". Por lo que respecta a la culpa del trabajador accidentado, la sentencia recurrida dice tajantemente que "[...] no puede afirmarse que Don. Ernesto permitiera un exceso de carga en la plataforma -es un simple peón que lleva dos días trabajando en la obra-, ni que fuera él quien ubicara la carga de forma desigual sobre la superficie de aquella, estimándose probado que se estibaba la carga de esa manera habitualmente por parte de la grúa que manejaba un empleado de Ondarra, S.A., siendo la supresión de los puntales centrales de la plataforma lo que provocó el derrumbe de la misma, información que el Sr. Ernesto no podía conocer, ya que era su segundo día de trabajo en la obra, y al parecer era desconocido por casi todo el mundo según alegan cada una de las partes apelantes. Carece de trascendencia el hecho de que [...] portase casco en ese momento, cuestión no suficientemente aclarada, al igual que la no utilización del pertinente cinturón o arnés de seguridad, pues tal y como explica la sentencia del tribunal de instancia, la largura que debería haberse utilizado, 6 metros aproximadamente, de ningún modo hubiese evitado, ni el desplome de la plataforma ni la caída de este sobre el suelo el desplome se produce desde 3,2 metros únicamente, que fue la causa de las lesiones que padece".*

5° Todos los condenados presentan recurso de casación. El auto de esta Sala de 13 noviembre 2007 acordó lo siguiente: 1° No admitir el motivo tercero del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Teodosio y MUSAAT. 2° No admitir el motivo cuarto del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de MAPFRE INDUSTRIAL S.A y la mercantil ONDARRA S.A. 3° No admitir el motivo cuarto interpuesto por la representación procesal de D. Pedro Miguel , D. Avelino y ASEMAS. 4° No admitir el motivo cuarto del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de REDEM S. C.L. y MAPFRE SEGUROS GENERALES. 5° Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal de REDEM S.C.L. y MAPFRE SEGUROS GENERALES, así como el resto de los motivos de su recurso de casación. 6° Admitir el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal de AURORA POLAR.

**SEGUNDO.** Antes de entrar a examinar los diversos recursos de casación presentados, debe examinar esta Sala la excepción de falta de jurisdicción alegada por

los recurrentes REDEM y MAPFRE SEGUROS GENERALES, que configura el motivo primero y único de su recurso por infracción procesal, en el que denuncian la contravención de las normas sobre jurisdicción y competencia y concretamente, el Art. 9.5 LOPJ , el Art. 2,a) de la Ley de Procedimiento laboral y los Arts. 36 y ss LEC . Señalan ambas recurrentes que debe decidirse si se ha producido una violación de las normas de cuidado ajenas a cualquier vínculo contractual o por el contrario significan una violación del contenido del contrato de trabajo y de la obligación de seguridad del empresario,de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores.

El motivo no se estima.

Es cierto que la sentencia del pleno de esta Sala de 15 enero 2008 , fijó la doctrina, de acuerdo con la que [...] *"En virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ , las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social"*, doctrina seguida por las sentencias de 19 febrero 2008 y por las de 17 noviembre (en recursos 386/2001 y 133/2001) y 12 y 15 diciembre 2008 , en los que se ha declarado la incompetencia en reclamaciones por accidentes laborales. Sin embargo, la propia sentencia de 15 enero 2008 señala que en aquellos casos en que han sido demandadas otras personas distintas de la empresa contratante del trabajador lesionado, y aun habiéndose "producido un incumplimiento del contrato de trabajo", "[...]debe descartarse la declaración de exceso de jurisdicción, y en virtud de la vis atractiva de la jurisdicción civil establecida en el artículo 9.2 LOPJ , debe declararse la competencia de esta jurisdicción para conocer de la acción de responsabilidad interpuesta por la demandante por la muerte de su hijo. Al no poder dividirse la causa, esta vis atractiva afectará también a aquellas demandadas [...], que ostentaban una relación laboral con el trabajador fallecido" . Esta es la doctrina que debe aplicarse al presente recurso al haber sido demandadas la aseguradora de la dueña de la obra, los técnicos, arquitectos y aparejador, así como la empresa que colocó en su día la plataforma, cuyo colapso causó las lesiones al demandante. Por ello se declara la competencia de esta jurisdicción.

**TERCERO.** Los recursos de REDEM, S.C.L. y MAPFRE, SEGUROS GENERALES, S.A.; de ONDARRA, S.A. y MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A.; de D. Teodosio y MUSAAT, Mutua de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos a Prima Fija, y de ONDARRA, S.A. y MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A

coinciden en dos series de argumentos: la primera referida a la concurrencia de negligencia en la actuación de cada uno de los recurridos, así como en la existencia de culpa del propio accidentado y la segunda, en la conveniencia o no de aplicar el Art. 20 LCS con respecto a los intereses impuestos a las aseguradoras. Por esta razón, después de efectuar un resumen de los motivos específicos de cada recurso, se van a responder de forma conjunta.

a) **Recurso de D. Teodosio y MUSAAT.** Presentaron recurso de casación, admitiéndose los motivos primero y segundo e inadmitiéndose el motivo tercero. En el primer motivo se alega la inaplicación de los Arts. 1902 y 1104 CC, discutiéndose si hubo o no negligencia por parte del arquitecto técnico recurrente. Se señala que de acuerdo con el Art. 1104 CC , la diligencia exigible es la que corresponde a las circunstancias que exijan la naturaleza de la obligación, según las personas, el tiempo y el lugar. La causa del siniestro fue la supresión de los puntales centrales de la plataforma cuya caída ocasionó el accidente y se entiende que el recurrente Sr. Teodosio no pudo observar ni prever dicha situación, por lo que no puede ser imputado; considera asimismo que no se produce la causalidad adecuada, ya que no son suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos.

b) **Recurso de REDEM, S.C.L. y MAPFRE, Seguros Generales, S.A.** El recurso de casación formulado por estas recurrentes al amparo del Art. 477.1 LEC, estaba dividido en cuatro motivos, de los que esta Sala ha admitido los tres primeros.

El primer motivo denuncia la indebida aplicación de los Arts. 1902 y 1903 CC , en relación con los Arts. 1104 y 1105 CC y la jurisprudencia que los interpreta. Dicen las recurrentes que la sentencia recurrida aplica una presunción *iuris tantum* de culpa de todos los agentes, al entender que se trata de un supuesto de responsabilidad por riesgo que ocasiona una imputación cuasi- objetiva, con inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia exigida. Señala que debe exigirse la acreditación de una conducta culposa del empresario cuando se demanda una indemnización por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, por lo que en un análisis basado en la teoría subjetiva de la culpa y de la causalidad, la conducta de REDEM no generaría ningún tipo de responsabilidad, contrariamente a lo decidido en la sentencia recurrida. Debe tenerse en cuenta también que la autoridad laboral no apreció incumplimiento del empresario al considerar que se trataba de un hecho

totalmente ajeno a REDEM, que, además, no tenía la obligación de supervisar la plataforma. Si además, la caída se produjo por una sobrecarga, no se puede atribuir ninguna responsabilidad a REDEM, ni a su encargado, porque era de uso común al conjunto de los trabajadores de la obra y la coordinación de todos los gremios intervinientes era función del contratista. El segundo motivo de este recurso denuncia la violación por incorrecta aplicación, de los Arts. 1902 y 1903 CC . Este motivo está planteado con carácter subsidiario al anterior y pretende la disminución de la cuantía de la indemnización, sobre la base de que tiene lugar una concurrencia de indemnizaciones con lo ya percibido por el trabajador lesionado como cotizante en la Seguridad social, porque entiende que aun siendo compatibles las indemnizaciones, no son acumulables, sino que deben ser "contempladas unitariamente para no rebasar en ningún caso el límite del daño objeto de la indemnización".

c) **Recurso de ONDARRA, S.A. Y MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A.** Los tres motivos admitidos del recurso de casación interpuesto por estas recurrentes se presentan al amparo del Art. 479 LEC. El primero denuncia que la sentencia recurrida incurre en infracción del Art. 1902 CC . Atribuye las razones del accidente a la propia víctima, porque solicitaba los materiales y era quien libremente distribuía los pesos en la plataforma. El segundo motivo achaca a la sentencia recurrida la infracción del Art. 1103 CC y considera que la conducta del trabajador que sufrió el accidente fue determinante porque: 1) al ser cooperativista de REDEM, asumía la obligación de garantizar para sí y los demás trabajadores el cumplimiento de las medidas de seguridad; 2) efectuaba la distribución de los materiales sobre la plataforma y pedía la nueva remesa, y 3) no utilizaba ningún medio de seguridad personal. Por ello entienden los recurrentes que quedaba acreditado que su conducta interfirió de forma definitiva en el nexo causal, debiendo atenderse a la concurrencia de culpas.

d) **Recurso de D. Pedro Miguel , D. Avelino y ASEMAS.** El primero de los motivos alega la infracción del Art. 1902 y siguientes en relación con el Art. 1103 y siguientes CC . En la argumentación de este motivo se pretende que la víctima del accidente tuvo culpa exclusiva en el "accidente laboral" acaecido y que su actuación ha de suponer la apreciación del principio de concurrencia de culpas y de acuerdo con el Art. 1103 CC , la moderación "en gran medida de la cuota de responsabilidad que pudiera declararse de alguno de los demandados". El segundo motivo denuncia la infracción del Art. 1902 en relación con el Art. 1104 CC y con las normas que rigen las competencias profesionales de los arquitectos superiores y en especial, con el RD

555/1986, modificado por el RD 84/1990. Entienden que debe concretarse cuál debe ser la diligencia que debe exigirse a los arquitectos superiores en una obra en construcción, en relación a la protección de la seguridad de los trabajadores que en ella intervienen; aunque la jurisprudencia ha venido manteniendo una línea de aumento del nivel de exigencia, que debe estar en relación con la formación y capacitación del responsable y con los medios preventivos de que disponía, sin embargo, en el accidente no tuvo nada que ver el plan redactado por los arquitectos. Después de analizar diversas sentencias de esta Sala, resumen su motivo diciendo que "es evidente que la sentencia de instancia incurre en un error al analizar y discernir las respectivas atribuciones, facultades y obligaciones que correspondían a cada uno de los demandados en relación con la vigilancia de la seguridad y salud de los trabajadores, la prevención de riesgos y la supervisión y el control de los medios auxiliares de la obra[...]" y que esta obligación correspondía "a la empresa para la que trabajaba el actor, a la contratista principal y, en último término, a la promotora", de acuerdo con la Ordenanza general de Seguridad e Higiene en el Trabajo y en la Ordenanza Laboral de la construcción, vigentes en el momento de producirse el accidente.

**CUARTO.** En este fundamento se van a examinar conjuntamente los argumentos vertidos por los recurrentes en relación a la existencia de culpa o negligencia por su parte y de la concurrencia de culpa del propio actor lesionado.

Todos los motivos de las recurrentes expresadas en el anterior Fundamento tienen un punto de partida erróneo desde el punto de vista casacional: intentar destruir la prueba producida que ha dado lugar a las conclusiones de la Sala de instancia en la sentencia ahora recurrida, por sus propias apreciaciones. Efectivamente, todos los recursos hacen en este punto supuesto de la cuestión, porque para evitar la responsabilidad, parten de hechos distintos de los que se han considerado probados. En este sentido:

1º No es admisible repetir la tesis de la concurrencia de la culpa de la víctima sobre la base de las meras opiniones de los recurrentes. No ha quedado probado que el demandante recurrido hubiera participado en la producción de su propio daño, por lo que el recurso de los Sres. Pedro Miguel y Avelino , y de ONDARRA, S.A., con sus respectivas aseguradoras, incurren claramente en el defecto antes señalado, porque pretenden que esta Sala acepte sus planteamientos en torno a la prueba producida, intentando desvirtuar las conclusiones de la Sala sentenciadora y pretendiendo convertir el recurso de casación en una tercera instancia (ver STS de 30 mayo 2008, y

las allí citadas). La sentencia recurrida se detiene en el examen de esta cuestión y concluye que no se ha probado que el trabajador accidentado permitiera un exceso de carga, ni que fuera quien la ubicara en la plataforma, "siendo la supresión de los puntales centrales de la plataforma, lo que provocó el derrumbe de la misma" y señala también que carece de trascendencia que el trabajador lesionado portase casco, o estuviese sujeto con el cinturón porque la largura del cinturón que debería haberse utilizado, 6 metros, no impedía la caída, en una plataforma que estaba elevada 3,2 metros. La valoración de la prueba efectuada en dicha sentencia no ha sido impugnada por la vía adecuada, por lo que no resulta estimable las diferentes argumentaciones de los diversos recurrentes.

2º La doctrina del riesgo como criterio de imputación ha sido claramente aplicada de forma restringida por la jurisprudencia de esta Sala que señala que *"el riesgo, por sí solo, al margen de cualquier otro factor, no es fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos. 1902 y 1903 CC "* (STS de 2 julio 2008 , entre muchas otras), a no ser que se trate de *"riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole"* (SSTS de 22 febrero 2007 y las allí citadas, así como las de 3 de mayo de 2007, 2 marzo 2006 y 16 febrero 2009). Ninguno de los supuestos acontece en el caso enjuiciado, por lo que no es posible aplicar la doctrina del riesgo, ni ello ha ocurrido en la sentencia recurrida.

3º Con relación a la causalidad, se observa en los argumentos utilizados por los distintos recurrentes una línea común que llevaría a excluir la relación de causalidad entre su actuación y el resultado. Dejando aparte que, como ya se ha dicho, los recurrentes incurren en el vicio procesal de hacer supuesto de la cuestión, bueno es recordar la doctrina de la Sala en relación a la causalidad. Como afirma la sentencia de 28 julio 2008, existen casos en que *"[...]si bien concurre la causalidad física o material, [...], sin embargo no hay base alguna, en un juicio de causalidad jurídica, para atribuir participación o contribución causal de ningún tipo a la empresa titular del ferrocarril"* . La Sala ha aceptado así la denominada "imputación objetiva" en la que no se busca si uno de los elementos de la relación es la causa del resultado, sino si la conducta que se pretende sea la causa, es suficientemente relevante para la producción del daño por el que se reclama, de acuerdo con el criterio de la "adecuación" (SSTS de 6 septiembre 2005, 10 febrero y 12 diciembre 2006, así como

otras posteriores). En este caso, se cumplen los requisitos que esta Sala ha atribuido a la causalidad jurídica o imputación objetiva.

4º No es aceptable tampoco la alegación formulada por REDEM, S.C.L. en relación con la incorrecta aplicación de los Arts. 1902 y 1903 CC en que pretenden la disminución de la cuantía indemnizatoria. Dejando aparte el tema de la compatibilidad o no de las indemnizaciones que se adeudan como consecuencia de la concurrencia de la culpa del empresario en la producción del daño (Ver STS 24 julio 2008), debe señalarse que esta cuestión aparece por primera vez en el recurso de casación y que no se contiene en la contestación a la demanda. Por tanto, en aplicación del principio que prohíbe la mutación de los términos de la litis, debe desecharse este motivo por tratarse de una cuestión nueva.

En definitiva la sentencia recurrida analiza las diferentes contribuciones de la conducta de los codemandados en el daño finalmente producido y éstos pretenden que ha quedado probado lo contrario; al no poder esta Sala entrar a examinar de nuevo la prueba, porque el recurso de casación no es una tercera instancia, deben rechazarse los motivos de los recursos de casación resumidos en el Fundamento Tercero de esta sentencia.

**QUINTO.** Se van a resumir a continuación los siguientes motivos de los recursos que se están examinando conjuntamente, dada la identidad en las disposiciones cuya violación se pretende producida y los argumentos utilizados.

a) El motivo segundo del **recurso presentado por D. Teodosio y su aseguradora MUSAAT** alega la infracción de la doctrina de esta Sala en relación a la interpretación del Art. 20 LCS y concretamente, de las sentencias de 9 marzo 2000, 10 noviembre 1997, y 20 enero 1995 , porque a juicio de los recurrentes, la sentencia obvia el hecho de que la causa del siniestro y la imputación a cada uno de los intervinientes ha sido siempre un hecho controvertido, teniendo en cuenta, además, que la plataforma era un elemento auxiliar de la obra, que no requiere supervisión técnica y que su caída fue originada por mala manipulación y utilización defectuosa de la misma.

b) El tercer motivo , que presenta con carácter subsidiario el **recurso de REDEM, S. C.L. y MAPFRE, Seguros generales, S.A.** , denuncia la indebida aplicación del Art. 20 LCS, en la redacción de 1995, vigente en el momento del accidente. Se dice que era prácticamente inevitable acudir a la vía judicial para determinar las

indemnizaciones y, además, se había exonerado al asegurado en la vía laboral, al no imputarle las autoridades laborales el incumplimiento de sus obligaciones como empleador.

c) El tercer motivo del recurso presentado por ONDARRA, S.A. y su aseguradora MAPFRE INDUSTRIAL, S.A.S. denuncia la interpretación contraria a la doctrina de esta Sala, que cita, del Art. 20 LCS , porque la causa del siniestro debió ser determinada por la sentencia, igual que la participación de cada uno de los demandados y la cantidad a abonar en concepto de indemnización.

d) El tercer motivo del recurso presentado por D. Pedro Miguel , D. Avelino y su aseguradora ASEMAS, alega la infracción del Art. 20 LCS, entendiéndolo que no puede aplicarse la redacción de 1995 , por la modificación operada por la Ley 30/1995, de 8 noviembre, porque el accidente se produjo en 1994; porque se trata de un accidente laboral y no de un accidente de tráfico, porque la obligación de indemnizar no era evidente, ni siquiera cierta, lo que obligó al perjudicado a interponer diversas acciones, entre ellas un procedimiento penal, en el que resultaron absueltos y además, debe aplicarse el principio *in illiquidis non fit mora*.

Estos motivos se desestiman.

La imposición de los intereses del Art. 20 LCS tiene un carácter sancionatorio, para evitar que se utilice el proceso "[c]omo maniobra dilatoria para retrasar el cumplimiento de la obligación correspondiente[...]" (SSTS de 2 y 27 marzo 2006) y además, debe tenerse en cuenta que la aplicación concreta de las causas de exoneración del pago de los intereses entendidos en el sentido expresado anteriormente, tiene un componente casuístico indudable (SSTS de 16 marzo 2004, 2 marzo 2006). Por ello, esta Sala aplica el criterio según el cual el pago de los intereses del Art. 20 LCS queda restringido al caso de que la aseguradora no hubiese pagado la indemnización correspondiente por causa que no esté justificada o que no le sea imputable.

Para determinar si nos encontramos o no ante una causa de exclusión de la mora, la sentencia de 29 de noviembre de 2005, aplicada por la de 22 octubre 2008 , propone examinar si concurre alguna de las circunstancias que señala, método que se va a utilizar también en el presente recurso:

a) *"Cuando la determinación de la causa del pago del asegurador haya de efectuarse por el órgano jurisdiccional, en especial cuando es discutible la existencia o realidad del siniestro, como sucede cuando no se han determinado sus causas y esto es determinante de la indemnización o de su cuantía, y cuando exista discusión entre las partes, no sobre el importe exacto de la indemnización, sino sobre la procedencia o no de cubrir el siniestro"*. En el presente recurso la existencia del siniestro era obvia y nunca se discutió; las causas también estaban determinadas, y tampoco discutieron las aseguradoras acerca de las mismas. De este modo, este primer test no permitiría aplicar en este caso concreto la exclusión pedida.

b) La segunda forma de determinar si existe o no causa de exclusión se produce *"cuando junto a la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional competente para la determinación de la causa, culposa o no, de la producción del siniestro, sea necesaria la decisión judicial para la fijación exacta de la cantidad que debe abonar el asegurador por la vía de indemnización ante las discrepancias existentes entre las partes"*. En este test, la propia sentencia de 29 noviembre 2005 señala que si bien la Sala ha venido aplicando la regla *in illiquidis non fit mora*, una *"relativamente reciente doctrina jurisprudencial introduce importantes matizaciones en su aplicación"* sobre la base de que la sentencia *"no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que tiene un carácter meramente declarativo"*. En el caso presente no se produce la incertidumbre respecto de las causas del siniestro, ni, por consiguiente no concurrió ninguna dificultad para determinar la procedencia de la indemnización.

Para excluir la mora se requiere, por tanto, que exista un motivo razonable de excusabilidad, que no se produce en este caso, porque las aseguradoras recurrentes hubieran podido evitar las consecuencias de la mora consignando el importe mínimo establecido en el artículo 18 LCS, lo que no realizaron. 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 preocuparon de tener una actitud diligente para evitar el pago de los intereses a los que ahora han resultado condenados (sentencia de 14 julio 2008, así como las de 17 septiembre, 10 octubre, 29 octubre y 10 noviembre 2008, entre las más recientes), y tampoco se aprecia que se haya aplicado la nueva redacción del art. 20, conforme a la Ley 1995.

**SEXTO.** AURORA POLAR (ahora AXA AURORA IBÉRICA) fue demandada porque el actor ejerció contra ella la acción directa al ser la aseguradora del Servicio

vasco de Salud, OSAKIDETZA, promotora y dueña de la obra, a quien no demandó. La aseguradora presenta ahora un recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que se examinarán a continuación.

**A) Recurso extraordinario por infracción procesal de AXA AURORA IBÉRICA, S.A.**

**SÉPTIMO.** El primer motivo del recurso por infracción procesal de esta recurrente denuncia la infracción del Art. 267.1 LOPJ, que permite que los jueces aclaren conceptos oscuros o suplan cualquier omisión que contengan las sentencias. En el presente recurso, se señala que la sentencia de 1ª instancia dictó un auto aclaratorio, que ha sido declarado nulo de oficio por la Sala sentenciadora en la sentencia recurrida, por considerar que dicho auto modificaba la sentencia dictada en 1ª Instancia el 19 de julio de 2001 y al efectuarlo, la Audiencia ha infringido el Art. 267.1 LOPJ, al haber negado la posibilidad de aclaración.

Este motivo se va a examinar conjuntamente con el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por esta misma recurrente. Entiende que la sentencia recurrida ha vulnerado el Art. 20 CE, al haber provocado indefensión, por no haber entrado en el fondo de la cláusula delimitadora de la cobertura del seguro en los supuestos de trabajos realizados para el asegurado, ya que esta cuestión no se había planteado en el recurso de apelación, como consecuencia del citado auto aclaratorio.

Ambos motivos se desestiman.

No se va a repetir aquí, por sabida, la doctrina de esta Sala sobre la indefensión. Baste señalar, a los efectos argumentativos de este recurso, que existe cuando se produce una limitación no imputable al justiciable de cualquier medio legítimo de defensa, de modo que produzca la falta de la plena contradicción (SSTC 101/2001 y 143/2001, entre muchas otras).

Aplicando esta doctrina al recurso de casación por infracción procesal, debe negarse que en este caso se haya producido indefensión de la parte recurrente. Efectivamente, al integrarse la sentencia de 1ª Instancia con el auto de aclaración, AURORA POLAR no tenía ningún interés en apelar esta parte de la sentencia; al anular de oficio la sentencia recurrida dicho auto, resurgió el fallo originario de la sentencia de 1ª Instancia y AURORA POLAR perdió la oportunidad de apelar, pero a pesar de ello,

no se produjo la indefensión alegada porque la admisión a trámite de su recurso de casación, permite, sin que ello suponga entrar a tratar una cuestión nueva no planteada en apelación, juzgar sobre la corrección o incorrección jurídica del fallo originario, que en definitiva, es el confirmado en la sentencia recurrida. Por eso, el recurso extraordinario por infracción procesal acaba siendo irrelevante porque el medio de reparar la indefensión de esta recurrente no sería ya la nulidad de actuaciones, sino el examen de los motivos del recurso de casación. Por tanto no ha tenido lugar la indefensión alegada y no puede aceptarse el presente recurso por infracción procesal.

### **B) Recurso de casación de AXA AURORA IBÉRICA, S.A..**

**OCTAVO.** Se van a examinar en primer lugar los motivos cuarto y quinto del recurso presentado por AXA AURORA POLAR IBÉRICA, S.A.

En el motivo cuarto, se denuncia la infracción, por violación, del Art. 73 LCS , en relación con el Art. 1 LCS . Señala que AURORA POLAR, S.A. (ahora AXA AURORA IBÉRICA, S.A.), no pudo alegar en la segunda instancia los argumentos necesarios para defender las cláusulas de la póliza, que recogían la delimitación de la cobertura del seguro en el supuesto de trabajos realizados para el asegurado, por contratistas, subcontratistas y adjudicatarios. Al haber tenido en cuenta la sentencia recurrida el límite de cobertura establecido en la póliza, no había ninguna razón para ignorar que la cláusula exigía que la reclamación al asegurado o al asegurador se efectuase dentro del periodo de vigencia de la póliza, y, por el contrario, ha considerado que bastaba para que el siniestro quedase comprendido dentro del ámbito de cobertura temporal, sin haberse cumplido el requisito pactado de que la reclamación se hubiese practicado en la persona del asegurado o del asegurador dentro del periodo de vigencia. Ello ha producido indefensión a la recurrente.

El motivo quinto denuncia la infracción, por violación del Art. 76 LCS , en relación con el Art. 73 y el Art. 1, ambos de la Ley de Contrato de seguro. La sentencia declara que no son oponibles a terceros las cláusulas y relaciones entre la aseguradora y el tomador del seguro; sin embargo, 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. Las cláusulas aceptadas por la Administración pública asegurada

constituyen el contenido del contrato, de modo que son una excepción que el asegurador puede oponer al perjudicado, por lo que la acción directa queda excluida, ya que éste no puede alegar un derecho al margen del propio contrato.

Los motivos cuarto y quinto se estiman .

Tal como ha venido definido en el Art. 76 LCS , la acción directa contra el asegurador de quien presuntamente ha causado el daño, constituye un derecho del perjudicado para exigirle el cumplimiento de la obligación nacida en cabeza del asegurado y ello para 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, por tanto, de un derecho propio del tercero perjudicado frente al asegurador, reconocido en el seguro de responsabilidad civil, tal como está regulado en el actual Art. 76 LCS . Tal como se ha señalado en esta Sala, es necesario que el daño "[...]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" (STS de 20 diciembre 2005 y las allí citadas, así como las de 10 mayo y 14 diciembre 2006).

El Art. 76 LCS establece que si bien la acción directa es inmune a las excepciones que el asegurador pueda oponer al asegurado, frente a la reclamación pueden oponerse las denominadas "excepciones impropias", es decir, aquellos hechos impeditivos objetivos, que deriven de la ley o de la voluntad de las partes, tal como señala la sentencia de 22 noviembre 2006, entre otras. Por tanto, el asegurador podrá oponer frente al tercero que ejercite la acción directa, todas aquellas condiciones establecidas en el contrato y relativas a su contenido, que podría haber opuesto frente a su asegurado en el caso de que éste fuera quien hubiese reclamado.

La cláusula relativa al período de cobertura establecía lo siguiente: "modificando en lo preciso las condiciones generales impresas, *quedan cubiertas las reclamaciones presentadas al asegurado, o al asegurador en el ejercicio de la acción directa, durante el período de vigencia de la póliza, que se deriven de siniestros ocurridos a partir de 1 de marzo de 1989*". Además, para el caso de no renovación de la póliza o de su vencimiento, se estableció un período de doce meses a partir de la fecha de vencimiento, para la reclamación de siniestros producidos durante la cobertura de la póliza hasta el vencimiento.

Para resolver la reclamación de AXA-AURORA IBÉRICA, S.A. se requiere fijar las fechas en que han acontecido los hechos con la finalidad de determinar si AXA podía o no oponer al demandante ahora recurrido las excepciones que señala: a) el accidente tuvo lugar el 29 de marzo de 1994, por tanto, dentro del período de vigencia de la póliza, b) la póliza estuvo vigente hasta el 1 de marzo de 1996, por lo que teniendo en cuenta el período de doce meses establecido en las condiciones a que se ha hecho referencia, la reclamación debería haberse presentado antes de 1 de marzo de 1997 y c) la demanda se presentó el día 14 de mayo de 1999.

Existía, por tanto, una delimitación del período temporal de cobertura, que las partes podían pactar en virtud de lo establecido en el Art. 73 LCS , que les afecta y que nadie ha impugnado. En consecuencia, afecta también a los que ejerciten la acción directa. Como afirma la sentencia de 4 de junio de 2008 , "En conclusión nos hallamos ante unas cláusulas delimitadoras del riesgo, que definen de forma clara el siniestro que dará lugar a la reclamación y además, determinan el período temporal de la cobertura, que se identifica en tiempo de vigencia del contrato, dentro del que debe haberse efectuado la reclamación que obliga al asegurado a indemnizar al perjudicado, [...]".

Al no haberse podido oponer dichas cláusulas por la aseguradora, se ha vulnerado la norma del Art. 76 LCS , porque es cierto que dicha aseguradora es responsable si su asegurado lo es, pero siempre de acuerdo con las condiciones pactadas en el contrato.

NOVENO. La estimación de los motivos cuarto y quinto del recurso de AXA AURORA IBERICA, S.A. exime a esta Sala de entrar en el examen de los otros motivos de su recurso, que se refieren, el primero, a la infracción del Art. 1902 CC y del Art. 134 del Reglamento General de contratación del Estado, D 3410/1975, de 2 noviembre , que insiste en que la aseguradora podría haber utilizado las defensas jurídicas que correspondían a su asegurada; el segundo, que denuncia la violación de los Arts. 1902 y 1104 CC , porque la asegurada tenía sólo la facultad, pero no la obligación de supervisar a sus arquitectos; el tercero, que denuncia la violación del Art. 73 LCS , porque no se ha tenido en cuenta lo acordado entre la asegurada, OSAKIDETZA, es decir la administración sanitaria del País Vasco y la aseguradora, sobre la cobertura temporal del seguro, y el sexto, que señala la infracción del Art. 20 LCS , que al haber sido estimado su recurso en lo principal, carecen de razón de ser.

**DÉCIMO.** La estimación de los motivos cuarto y quinto del recurso de casación presentado por la recurrente AXA AURORA IBÉRICA S.A. contra la sentencia pronunciada por la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 4 diciembre 2002 implica la de su recurso de casación y la anulación en esta parte de la sentencia recurrida. En consecuencia, procede dictar sentencia absolviendo a dicha recurrente de la demanda presentada frente a ella por D. Ernesto , imponiéndole las costas causadas en la primera instancia con respecto a esta recurrente.

La no estimación de los motivos de recursos presentados por REDEM, Sociedad cooperativa limitada; ONDARRA, S.A.; MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A.; D. Teodosio; MUSAAT, Mutua de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos a Prima Fija; D. Pedro Miguel , D. Avelino y ASEMAS, Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores determina la desestimación de los respectivos recursos de casación.

**DÉCIMO PRIMERO.** La estimación del recurso de casación presentado por AXA AURORA IBÉRICA, S.A. determina la no imposición de las costas de su recurso, de acuerdo con lo establecido en el Art. 398.2 LEC .

La desestimación de los recursos de casación presentados por REDEM, Sociedad cooperativa limitada; ONDARRA, S.A.; MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A.; D. Teodosio; MUSAAT, Mutua de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos a Prima Fija; D. Pedro Miguel , D. Avelino y ASEMAS, Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores determina la imposición de las costas, de acuerdo con lo dispuesto en el propio Art. 398.2 LEC .

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

## **FALLAMOS**

1º Ha lugar al recurso de casación instado por la representación procesal de AXA AURORA IBÉRICA, S.A. contra la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de cuatro de diciembre de dos mil dos , dictada en el rollo de apelación nº 199/02.

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida.

3º En su lugar se dicta sentencia absolviendo a AXA AURORA IBÉRICA, S.A. de la demanda presentada en su día por D. Ernesto.

4º No se hace pronunciamiento de las costas de la casación de esta recurrente.

5º No se imponen las costas de la apelación a AXA AURORA IBÉRICA, S.A. y se imponen las de la 1ª Instancia relativas a esta recurrente a D. Ernesto.

6º No se estiman los recursos de casación interpuestos por las respectivas representaciones procesales de REDEM, Sociedad cooperativa limitada; ONDARRA, S.A.; MAPFRE NORTE, Compañía de Seguros Generales y Reaseguros, S.A.; D. Teodosio; MUSAAT, Mutua de Seguros para Aparejadores y Arquitectos Técnicos a Prima Fija; D. Pedro Miguel , D. Avelino y ASEMAS, Asociación de Seguros Mutuos de Arquitectos Superiores contra la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 4 de diciembre de 2002 .

7º Se confirma en esta parte la sentencia recurrida.

8º Se imponen las costas del recurso a las recurrentes.